

SKRIPSI



**PENGATURAN HUKUM INTERNASIONAL
TERHADAP KEPAILITAN LINTAS NEGARA**

OLEH :

A.FADILLA JAMILA

B 111 12 390

**BAGIAN HUKUM INTERNASIONAL
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR**

2016

HALAMAN JUDUL

**PENGATURAN HUKUM INTERNASIONAL
TERHADAP KEPAILITAN LINTAS NEGARA**

Oleh

A.FADILLA JAMILA

B 111 12 390

SKRIPSI

Diajukan sebagai Tugas Akhir dalam Rangka Penyelesaian Studi Sarjana pada
Bagian Hukum Internasional
Program Studi Ilmu Hukum

**FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS HASANUDDIN
MAKASSAR**

2016

PENGESAHAN SKRIPSI

PENGATURAN HUKUM INTERNASIONAL TERHADAP KEPAILITAN LINTAS NEGARA

Disusun dan diajukan oleh

A. FADILLA JAMILA

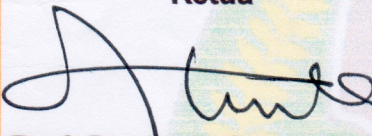
B111 12 390

Telah Dipertahankan Di hadapan Panitia Ujian Skripsi yang Dibentuk
Dalam Rangka Penyelesaian Studi Program Sarjana
Bagian Hukum Internasional Program Studi Ilmu Hukum
Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin
Pada Hari Kamis, 3 Maret 2016
Dan Dinyatakan Diterima

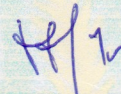
Panitia Ujian

Ketua

Sekretaris



Prof. Dr. Juajir Sumardi, S.H., M.H.
NIP. 19631028 199002 1 001



Dr. Maskun, S.H., LLM
NIP. 19761129 199903 1 005

A.n. Dekan
Wakil Dekan Bidang Akademik



Prof. Dr. Ahmadi Miru, S.H., M.H.
NIP. 19610607 198601 1 003

PERSETUJUAN PEMBIMBING

Diterangkan Bahwa Skripsi Mahasiswa :

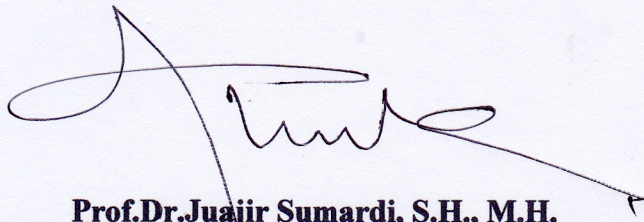
Nama : **A.FADILLA JAMILA**
Nomor Pokok : **B 111 12 390**
Bagian : **Hukum Internasional**
Judul : **PENGATURAN HUKUM INTERNASIONAL
TERHADAP KEPAILITAN LINTAS NEGARA**

Telah diperiksa dan disetujui untuk diajukan dalam ujian skripsi di Fakultas
Hukum Universitas Hasanuddin

Makassar, Februari 2016

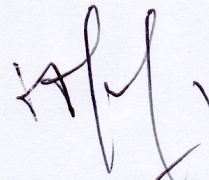
Disetujui Oleh

Pembimbing I



Prof. Dr. Juajir Sumardi, S.H., M.H.
NIP. 19631028 199002 1 001

Pembimbing II



Dr. Maskun, S.H., LL.M.
NIP. 19761129 199903 1 005

ABSTRAK

A. FADILLA JAMILA (B11112390), **Pengaturan Hukum Internasional Terhadap Kepailitan Lintas Negara**, Dibimbing oleh **Juajir Sumardi** sebagai Pembimbing I dan **Maskun** sebagai Pembimbing II.

Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui dan memahami pengaturan Hukum Internasional mengenai Kepailitan Lintas Negara dan untuk memahami analisa penerapan UNCITRAL *Model Law on Cross Border Insolvency* dalam Kasus Kepailitan *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd.*

Penelitian ini dilakukan dengan menggunakan metode “*literature research*” atau melalui studi kepustakaan, penulis mengumpulkan bahan dari literatur-literatur baik yang bersifat *hardcopy* maupun *softcopy* yang berhubungan dengan judul penelitian ini dengan menggunakan analisis normatif.

Hasil yang diperoleh dari penelitian adalah sebagai berikut: 1) UNCITRAL *Model Law on Cross Border Insolvency* menekankan pada empat aspek yaitu: akses; pengakuan; bantuan; serta kerjasama dan koordinasi. *Model law* tersebut tidak membatasi yurisdiksi atau kedaulatan suatu negara terhadap suatu kasus kepailitan melainkan *Model Law* ini lebih bertujuan untuk memberikan keseragaman aturan dalam penerimaan putusan persidangan kepailitan asing (*foreign proceeding*) di suatu negara. 2) Kasus kepailitan *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd* menunjukkan bahwa suatu persidangan kepailitan asing barulah bisa mendapatkan pengakuan sebagai persidangan asing ketika persidangan kepailitan tersebut dilakukan di bawah yurisdiksi negara tempat terletaknya pusat aset debitor (*center of main interest*) ataupun di bawah yurisdiksi negara terdapatnya penempatan aset/ kegiatan ekonomi tetap debitor (*establishment*).

Kata kunci: Kepailitan, Lintas Negara, UNCITRAL, Model Law, dan Pengakuan

ABSTRACT

A.FADILLA JAMILA (B11112390), **The Rules of International Law Concerning Cross-Border Insolvency**, supervised by **Juajir Sumardi** as the first supervisor and **Maskun** as the second supervisor.

This research were aimed to find out and understand the rules of international law concerning cross-border insolvency and to analyse the role of UNCITRAL Model Law on Cross Border-Insolvency in the insolvency case of *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd.*

The research used literature research method. The data were collected from hardcopy or softcopy literature related to the research topic and analysed using normative analysis.

The results of research indicate that: Firstly, UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency is focusing on four main principles, which are access, recognition, relief and cooperation and coordination. Model law does not restrict the jurisdiction nor sovereignty of a country towards an insolvency case, despite the purpose of Model Law is to provide uniformity rules in accepting the insolvency foreign proceeding from another country. Secondly, the insolvency case of *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd* shows that a foreign proceeding could only be recognized if the proceeding was held in the country where the center of main interest is located or in the country where there is an establishment.

Keywords: Insolvency, Cross-Border, UNCITRAL, Model Law, and Recognition

PERNYATAAN KEASLIAN SKRIPSI

Yang bertandatangan di bawah ini:

Nama : A.FADILLA JAMILA

Nomor Pokok : B111 12 390

Bagian : Hukum Internasional

Menyatakan dengan sebenarnya bahwa skripsi yang saya tulis ini benar-benar merupakan hasil karya saya sendiri, bukan merupakan pengambilan tulisan atau pemikiran orang lain. Apabila kemudian hari terbukti atau dibuktikan bahwa sebagian atau keseluruhan ini hasil karya orang lain, saya bersedia menerima sanksi atas perbuatan tersebut.

Makassar, Maret 2016

Yang menyatakan



A.FADILLA JAMILA

KATA PENGANTAR

Puji syukur kehadiran Allah SWT atas segala nikmat yang telah diberikan terutama nikmat umur dan kesehatan, sehingga Penulis dapat menyelesaikan Skripsi ini dengan judul “*Pengaturan Hukum Internasional Terhadap Kepailitan Lintas Negara*” sebagai prasyarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum pada Program Strata Satu Universitas Hasanuddin Makassar. Tak lupa Shalawat dan salam terhaturkan untuk Sang Baginda Rasulullah SAW beserta keluarga dan sahabatnya.

Terima kasih yang tak terhingga kepada kedua orang tua tercinta Ibunda A.Melantik Rompegading dan Ayahanda A.Irbar Bachtiar dengan penuh ketulusan, kesabaran dan kasih sayang membesarkan dan tak henti-hentinya memberikan semangat serta nasihat kepada Penulis dalam menimba ilmu pengetahuan. Pencapaian Penulis tidak lepas dari keberadaan kedua orang tua Penulis yang senantiasa memberikan Doa dan dukungannya.

Seluruh kegiatan penyusunan skripsi ini tentunya tidak akan berjalan lancar tanpa adanya bantuan dan kerja sama dari berbagai pihak. Untuk itu, maka izinkanlah Penulis untuk menghaturkan rasa terima kasih kepada pihak-pihak yang telah membantu dalam penelitian hingga penulisan Skripsi ini:

Penulis menyadari bahwa dalam proses penulisan Skripsi ini menemui banyak kendala dan hambatan, untuk itu ucapan terima kasih dan penghargaan yang sebesar-besarnya kepada Prof. Dr. Juajir Sumardi, S.H., M.H. selaku Pembimbing I (satu) dan Dr. Maskun, S.H., LL.M. selaku Pembimbing II (dua)

yang telah banyak membimbing dan memberikan arahan selama penulisan skripsi. Dan terima kasih kepada para pihak yang ikut membantu dan terus memberikan semangat dan dorongan kepada penulis dalam penyusunan skripsi ini.

1. Terima kasih kepada Prof. Dr. Dwia Aries Tina Pulubuhu, MA. Selaku Rektor Universitas Hasanuddin.
2. Terima kasih kepada Prof. Dr. Farida, SH.,M.Hum selaku Dekan Fakultas Hukum Unhas, beserta para Wakil Dekan Prof. Dr. Ahmadi Miru, S.H.,M.H., Dr. Syamsuddin Muchtar, S.H.,M.H., Dr. Hamzah Halim, S.H., M.H., atas berbagai bantuan yang diberikan kepada Penulis, baik bantuan untuk menunjang berbagai kegiatan individual maupun yang dilaksanakan oleh Penulis bersama organisasi lain di Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.
3. Terima kasih kepada Prof. Dr. Alma Manuputty, S.H., M.H., Dr. Laode Gani, S.H., M.H., dan Birkah Latif, S.H., M.H., LL.M. selaku Dewan penguji yang telah memberikan bimbingannya sehingga skripsi ini dapat terselesaikan.
4. Terima kasih kepada Ketua Bagian Hukum Internasional Prof. Dr. S.M. Noor, S.H., M.H., dan Sekretaris Bagian Dr. Iin Karita Sakharina, S.H., M.A.
5. Terima kasih kepada segenap dosen pengajar hukum internasional yang telah berbagi ilmu, cerita, pengalaman dan tawa.
6. Terima kasih kepada Kantor Advokat dan Kurator Nico Simen dan Titi Slamet terkhusus kepada Dr.Titi Slamet S.H.atas bantuannya dalam penulisan skripsi ini.

7. Terima kasih kepada Bapak Erwandi Hendarta dan Bapak Hendronoto Soesabdo dari Pihak Hadiputranto, Hadinoto and Partners atas bantuan dan data yang diberikan.
8. Terima kasih kepada ibu Prof. Dr. Marcel Hendrapaty, S.H., M.H. dan Romi Librayanto, S.H., M.H. selaku Penasehat Akademik yang telah bersedia meluangkan waktu bagi Penulis untuk konsultasi selama pengisian Kartu Rencana Studi (KRS).
9. Terima kasih kepada seluruh tenaga pengajar Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin yang telah bersedia memberikan ilmunya kepada penulis.
10. Terima kasih Kepada seluruh staff akademik dan perpustakaan FH-UH atas segala bantuannya selama Penulis berkuliah di FH-UH.
11. Terima kasih kepada pegawai perpustakaan fakultas hukum unhas dan perpustakaan pusat unhas serta kepada seluruh pihak yang telah bersedia membantu penulis dalam proses pengumpulan data pada penelitian ini.
12. Terima kasih kepada saudari-saudari penulis A.Fitrah Muhibbah dan A.Fatima Azzahra yang memberikan dorongan dan semangat serta motivasi dalam menyelesaikan studi ini.
13. Terima kasih kepada Daeng Tene yang sudah merawat saya sedari kecil hingga akhirnya saya bisa menyelesaikan tugas akhir di jenjang perguruan tinggi.
14. Terima kasih kepada sahabat pimpimparandeo, Sri Septiany Arista Yufeny dan Indira Saraswati serta Maipa Deapati Siswadi dan Siti Nur Kholisah.

15. Terima kasih kepada Board of Directors ALSA LC UNHAS 2013-2014, Ahmad Tojiwa Ram, Arham Araz, Feny, dan Dian Merdekawati, Local Board Muh.Yaasiin Raya, Fityatul Kahfi, Nurul Apriliani Anwar, Dewi Pertiwi Annisa, Surahmat, Iriansyah T.Tjoteng, Lisa, Jusniati, Maulida Rusli, dan Rahmi Utami serta Abdul Waris, Nyoman Suarningrat, Maipa, Indira, Rafika Hariadna, Nurrifqa Annisa, Lulu, Annisa Gayatri, Nur Inayah, Yudha, Giovani, Destri, Zulkifli Rahman, Afdalis dan keluarga besar ALSA Demis 2012.
16. Terima kasih kepada Executive Board ILSA UNHAS 2015-2016 Feny, Destry, Wiwik Meilarati, Faiz Adani, Amanda Cornelia Rombot, Nelson Mendila, Santiago Pawed an Nur Asmi serta Wildan, Wiwi, Dapi, Ummu, Cua, dan keluarga besar ILSA UNHAS atas bantuan dan kerjasama selama ini.
17. Terima kasih Kabinet Chicken Banana, Internship KBRI Bangkok 2015, Muh. Nur Fajrin, Eko Setiawan, Feny, Destri, Indira, dan Pratita Nareswari atas pengalaman luar biasa selama masa magang hingga saat ini.
18. Terima kasih Bidang 1 PALT ALSA INDONESIA XXII Tjoteng, Adzah Rawaeni, Imam, Muh.Irsad, Nelson, Faiz, Maya, Yogi Pratama serta Zul Kurniawan, Rafi Iriansyah, Rizkallah Achmadsyah, A.Atira Bunyamin, Rusyaid Abdi, Zulham Arief dan Muh.Rizky atas kerjasamanya selama ini.
19. Terima kasih Team Jessup ILSA UNHAS 2016, Kevin Bonaparte, Rizky Hady, Zuhal, Rizky Said, Shabina, Hamdy, Adit, Ega, Stefanie, dan Phayuk.

20. Terima kasih rekan seperjuangan keluarga besar mahasiswa/i Hukum Internasional 2012.
21. Terima kasih kakanda Riyad Febrian Anwar, Sri Rahayu Bon, Yudho Maldini, Boy, Rafika Ramli, Mutiah Winda Juniar, Batari Anindhita, Rini Ariani Said, dan Adini Thahira atas bantuan dan pengalamannya selama ini.
22. Terima kasih keluarga besar Mawapres UNHAS 2015 yang telah menginspirasi penulis, kalian luar biasa.
23. Terima kasih teman-teman KKN Tematik Makassar Kec. Ujung Tanah Kel.Camba Berua, Kurniadi Ismail, A.Chaerunnisah, Heni, dan Kak Muli.
24. Terima kasih ATLANTIS dan AERO keluarga SMAN 2 Tinggimoncong.
25. Terima kasih Wahyu Hidayat Liwang atas motivasi dan dukungannya.

Skripsi ini masih jauh dari sempurna walaupun telah banyak menerima bantuan dari berbagai pihak. Apabila terdapat kesalahan- kesalahan dalam skripsi ini, sepenuhnya menjadi tanggung jawab penulis. Kritik dan saran yang membangun akan lebih menyempurnakan skripsi ini. Akhirnya kepada rekan-rekan yang telah turut memberikan sumbangsinya dalam menyelesaikan skripsi ini, penulis mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya.

Makassar, Maret 2016

A. Fadilla Jamila

DAFTAR ISI

Halaman Judul	i
Pengesahan Skripsi.....	ii
Persetujuan Pembimbing	iii
Abstrak	iv
Abstract	v
Pernyataan Keaslian Skripsi	vi
Kata Pengantar	vii
Daftar Isi	xi
Bab I Pendahuluan	1
A. Latar Belakang	1
B. Rumusan Masalah	4
C. Tujuan Penulisan	5
D. Manfaat Penulisan	5
Bab II Tinjauan Pustaka	7
A. Hukum Perdata Internasional (HPI)	7
1. Pengertian	7
2. Titik-Titik Taut HPI	8
3. Masalah-Masalah Pokok HPI	9
4. Pendekatan-Pendekatan HPI	10
5. Asas-Asas HPI	13
B. Kepailitan Lintas Negara	14
1. Pengertian	14

2. Subyek Hukum Kepailitan Lintas Negara	17
3. Syarat-Syarat Kepailitan	23
4. Cara Untuk Menentukan Situasi Pailit	26
5. Macam-Macam Kepailitan	28
6. Prinsip-Prinsip Hukum Kepailitan	29
7. Prinsip Keberlakuan Hukum Kepailitan	34
8. Tujuan Hukum Kepailitan	36
9. Manfaat Kepailitan	38
C. Sumber Hukum Internasional	39
1. Perjanjian Internasional	40
2. Hukum Kebiasaan Internasional	42
3. Prinsip-Prinsip Umum Hukum	43
4. Keputusan-Keputusan Peradilan	44
D. Perjanjian Kepailitan Lintas Negara	45
1. Pengertian dan Bentuk	45
2. Tujuan	47
3. Pihak	48
4. Format	49
E. UNCITRAL	49
1. Pembentukan	49
2. Tugas dan Mandat	50
3. Keanggotaan	51
4. Produk-Produk	51

F. UNCITRAL <i>Model Law on Cross-Border Insolvency</i>	55
1. Hakikat	55
2. Tujuan	56
3. Ruang Lingkup	57
4. Definisi-Definisi di dalam <i>Model Law</i>	58
5. Istilah-Istilah Lainnya	59
Bab III Metode Penelitian	64
A. Lokasi Penelitian	64
B. Jenis dan Sumber Data	64
C. Teknik Pengumpulan Data	65
D. Analisis Data	65
Bab IV Pembahasan	66
A. Pengaturan Hukum Internasional Terhadap Kepailitan Lintas Negara	66
1. UNCITRAL <i>Model Law on Cross Border Insolvency</i>	66
a. Titik Pusat Aset (<i>Centre of Main Interest</i>)	66
b. Elemen-Elemen Persidangan Asing (<i>Foreign Proceedings</i>)	67
c. Prinsip-Prinsip di Dalam <i>Model Law</i>	68
d. Peninjauan Kembali atau Pembatalan Pemberian Pengakuan	75
e. Fleksibilitas <i>Model Law</i>	76
f. Pengintegrasian <i>Model Law</i> ke dalam Hukum	

Nasional	77
g. Daftar Negara Pengadopsi	79
2. Perjanjian Kepailitan Lintas Negara (<i>Cross-Border Insolvency Agreement</i>)	81
B. Analisa Penerapan UNCITRAL <i>Model Law on Cross Border Insolvency</i> dalam Kasus Kepailitan <i>Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd</i>	85
1. Kasus Posisi	85
2. Dasar Hukum	87
3. Putusan Pengadilan	88
4. Analisis Kasus	91
Bab V Penutup	93
A. Kesimpulan	93
B. Saran	94
Daftar Pustaka	xvi
Lampiran	xx

BAB I

PENDAHULUAN

A. LATAR BELAKANG

Hukum kepailitan merupakan ketentuan umum hukum dimana properti dan aset dari debitor diserahkan untuk melunasi utang-utangnya, dan atas kondisi ini, dengan persetujuan atas proporsi tertentu dari kreditor, debitor dibebaskan dari segala kewajibannya.¹ Jika kita menelusuri sejarah, hukum kepailitan itu sendiri sudah ada sejak zaman Romawi. Kata bangkrut yang dalam bahasa Inggris kita kenal dengan istilah *bankrupt*, sesungguhnya berasal dari undang-undang di Italia yang disebut dengan *banca rupta*. Sementara itu, di abad pertengahan di Eropa terdapat praktek kebangkrutan dimana dilakukan penghancuran bangku-bangku dari para banker atau pedagang yang melarikan diri secara diam-diam dengan membawa harta kreditur.²

Pada zaman Romawi apabila seorang debitor tidak dapat melunasi utangnya, maka pribadi debitor secara fisik harus bertanggungjawab. Pada abad ke-5 SM, apabila seseorang tidak dapat melunasi utangnya maka kreditor berhak untuk menjual debitor sebagai budak. Hasil penjualan diri debitor sebagai budak tersebut merupakan sumber pelunasan bagi utangnya kepada kreditor. Namun sebelum kreditor dapat menjual debitor sebagai budak,

¹ Hendry Campbell Black, *Black's Law Dictionary Fourth Edition*, St.Paul Minnesota: West Publishing Co., 1968, hlm.938.

² Munir Fuady, *Hukum Pailit 1998 Dalam Teori dan Praktek*, Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 1999, hlm.3; lihat juga Rachmadi Usman S.H., *Dimensi Hukum Kepailitan di Indonesia*, Jakarta: PT.Gramedia Pustaka Utama, 2004, hlm.1.

kreditor harus memberikan waktu selama 60 hari kepada debitor untuk mengupayakan pelunasan utangnya.

Mendekati abad ke-2 Masehi, perbudakan debitor telah dihapuskan oleh kerajaan Romawi. Hukuman penjara terhadap debitor masih tetap berlangsung, tetapi kreditor tidak boleh memanfaatkan debitor yang dipenjarakan sebagai pelayan. Debitor hanya dapat ditahan sebagai jaminan utang hingga ada teman atau keluarga debitor yang melunasi utangnya.³ Perkembangan hukum kepailitan pun kian berubah seiring perkembangan zaman.

Perdagangan internasional antar negara telah terjadi sepanjang sejarah, terutama pada periode merkantilis dari abad kelima belas dan keenam belas. Negara-negara memulai perdagangan dan mencari peluang pasar baru. Setelah Perang Dunia II, perkembangan paling signifikan dari globalisasi muncul. Negara-negara mulai menyadari bahwa promosi perdagangan internasional bebas dan pengembangan pasar global akan saling menguntungkan untuk kemajuan ekonomi dan sosial.⁴

Perkembangan dari perdagangan internasional dan pengembangan pasar global telah menghasilkan perubahan yang signifikan dalam struktur dan dinamika hubungan komersial selama tiga dekade terakhir. Integrasi internasional antar negara telah berhasil menjadi sarana dalam meningkatkan pertumbuhan ekonomi. Akibatnya timbul saling ketergantungan ekonomi dan

³ Mutiara Hikmah, *Aspek-Aspek Hukum Perdata Internasional Dalam Perkara-Perkara Kepailitan*, Bandung: PT.Refika Aditama, 2014, hlm. 21.

⁴ Fernando Locatelli, *International Trade and Insolvency Law: Is the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency an Answer for Brazil? (An Economic Analysis of its Benefits on International Trade)*, hlm.198.

bisnis pun mulai dijalankan oleh para pedagang dan pebisnis yang berlokasi di negara yang berbeda yurisdiksi.⁵

Investor dan perusahaan-perusahaan telah bergerak melintasi batas negara mencari pasar baru. Perusahaan-perusahaan telah merubah struktur mereka guna memaksimalkan keuntungan. Saat ini perusahaan multinasional telah menjadi hal yang umum, dimana mereka memiliki asset di berbagai negara.⁶

Konsekuensi dari kasus kepailitan dan reorganisasi telah berubah secara dramatis dalam beberapa dekade terakhir karena mereka tidak lagi terbatas pada arena domestik. Aset dapat berlokasi di berbagai negara. Sebuah bisnis domestik dapat memiliki cabang atau anak perusahaan asing. Munculnya perdagangan internasional juga telah berdampak pada hukum kepailitan. Sebagai hasil dari perluasan perdagangan internasional, kebangkrutan dan restrukturisasi perusahaan multinasional sering memiliki unsur internasional yang secara langsung mempengaruhi hak debitor dan kreditor yang terletak di berbagai yurisdiksi.⁷

Contohnya saja kasus kepailitan PT. Asuransi Jiwa Manulife Indonesia (PT AJMI), dimana 71% sahamnya merupakan milik *Manulife Financial*, perusahaan Asuransi Kanada). Dalam kasus tersebut PT AJMI merupakan termohon pailit, sementara PT Dharmala Sakti Sejahtera (DSS), sebagai perusahaan pemegang saham pada PT AJMI, mengajukan permohonan pailit atas PT AJMI. Pada tanggal 11 Juni 2002, PT AJMI telah dinyatakan pailit

⁵ *ibid*, hlm.197.

⁶ *ibid*.

⁷ *ibid*, hlm.201.

oleh Majelis Hakim Pengadilan Niaga berdasarkan Putusan No.10/Pailit/PN.Niaga/Jkt.Pst. Namun Mahkamah Agung Republik Indonesia mengeluarkan putusan No.021/K/N/2002 yang membatalkan putusan Pengadilan Niaga terdahulu.

Putusan pailit PT AJMI merupakan putusan yang mengandung unsur asing (*foreign elements*). Pada saat itu, Pemerintah Kanada bereaksi cukup keras. Pemerintah Kanada menuntut dua hal yaitu jaminan keadilan dan jaminan kepastian hukum bagi mereka sebagai investor asing atau kreditor asing.

Pada umumnya, ada 3 permasalahan yang dihadapi oleh investor maupun perusahaan terkait kepailitan lintas negara, diantaranya: (i) setiap negara memiliki kerangka hukum sendiri untuk menangani kepailitan internasional; (ii) tidak ada mekanisme hukum yang dapat diakui dan diberlakukan di semua wilayah hukum di mana perusahaan mempertahankan hubungan bisnis; dan (iii) rezim dan prosedur kepailitan yang cukup berbeda di seluruh dunia.⁸

Pengadilan yang menangani masalah kepailitan dengan yurisdiksi negara yang berbeda (kepailitan lintas negara) menghadapi dilema, haruskah negara tersebut menerapkan hukum nasionalnya seakan-akan kasus tersebut tidak memiliki aspek internasional atau haruskah negara tersebut menerapkan hukum dari yurisdiksi negara lain yang memiliki hubungan yang lebih kuat dengan pihak debitor dan hal-hal terkait (misalnya di negara mana perusahaan itu didirikan; dimanakah kantor pusat perusahaan itu berada; dimana asetnya berpusat).

⁸ *ibid*, hlm.202; M.Natasha Labovitz & Jessica I.Basil, *Corporate Restructuring and Bankruptcy: How Will New Chapter 15 Affect Multinational Restructurings?*, N.Y.L.J., July 11, 2005.

B. RUMUSAN MASALAH

Berdasarkan latar belakang di atas, maka dirumuskan permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimana pengaturan Hukum Internasional mengenai Kepailitan Lintas Negara?
2. Bagaimana analisa penerapan *UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency* dalam Kasus Kepailitan *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd*?

C. TUJUAN PENELITIAN

Tujuan yang ingin dicapai melalui penelitian ini, adalah:

1. Untuk mengetahui dan memahami pengaturan Hukum Internasional mengenai Kepailitan Lintas Negara.
2. Untuk memahami analisa penerapan *UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency* dalam Kasus Kepailitan *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd*.

D. MANFAAT PENELITIAN

Adapun manfaat dari penelitian ini, adalah:

1. Dapat mengetahui dan memahami pengaturan Hukum Internasional mengenai Kepailitan Lintas Negara

2. Dapat memahami analisa penerapan *UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency* dalam Kasus Kepailitan *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd.*

BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Hukum Perdata Internasional (HPI)

1. Pengertian

Sudargo Gautama mendefinisikan Hukum Perdata Internasional sebagai:

“keseluruhan peraturan dan keputusan hukum yang menunjukkan stelsel hukum manakah yang berlaku, atau apakah yang merupakan hukum, jika hubungan-hubungan atau peristiwa-peristiwa antara warga (-warga) negara pada suatu waktu tertentu memperlihatkan titik pertalian dengan stelsel-stelsel dan kaidah-kaidah hukum dari dua atau lebih negara, yang berbeda dalam lingkungan kuasa tempat, pribadi, dan soal-soal”.⁹

Sementara itu, pendapat Graveson diterjemahkan sebagai:

*“Conflict of Laws atau Hukum Perdata Internasional adalah bidang hukum yang berkenaan dengan perkara-perkara yang di dalamnya mengandung fakta relevan yang menunjukkan perkaitan dengan suatu sistem hukum lain, baik karena aspek territorial maupun aspek subjek hukumnya, dank arena itu menimbulkan pertanyaan tentang penerapan hukum sendiri atau hukum lain (yang biasanya asing), atau masalah pelaksanaan yurisdiksi badan pengadilan sendiri atau badan pengadilan asing.”*¹⁰

Terkait dengan hukum perdata internasional itu sendiri, E Hambro, mengatakan bahwa:

“The rules (of private international law) may be common to several states, and may even be established by international conventions or customs and in the latter case may possess the character of true international law governing the relations between states. But apart from this, it has to be considered that these rules form part of municipal law.”

⁹ Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, Bina Cipta, 1977, hlm.21; lihat juga Sudargo Gautama, *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*, Buku Kesatu, Edisi Keempat, Bandung: Penerbit PT Citra Aditya Bakti, 2006, hlm.9.

¹⁰ Sudargo Gautama (2006), *op.cit.*, hlm.8; Graveson, R.H., *Conflict of Laws – Private International Law*, Edisi Ketujuh, Sweet & Maxwell, London, 1974, hlm.3.

Dari kumpulan definisi para pakar, Sudargo Gautama menyimpulkan bahwa hukum perdata internasional adalah seperangkat kaidah-kaidah, asas-asas, dan atau aturan-aturan hukum nasional yang dibuat untuk mengatur peristiwa atau hubungan hukum yang mengandung unsur-unsur transnasional (atau unsur-unsur ekstrateritorial).

Persoalan-persoalan HPI pada dasarnya muncul dalam perkara yang melibatkan lebih dari satu yurisdiksi hukum dan hukum domestik dari yurisdiksi-yurisdiksi itu berbeda satu sama lain. HPI juga dapat dipahami sebagai proses dan aturan-aturan yang digunakan oleh pengadilan untuk menentukan hukum mana yang harus diberlakukan pada perkara yang sedang dihadapi.¹¹

2. Titik-Titik Taut HPI

Dalam HPI dikenal dua jenis titik taut, yaitu:¹²

a. Titik taut primer (*primary points of contact*)

Titik taut primer merupakan fakta-fakta di dalam sebuah perkara atau peristiwa hukum yang menunjukkan bahwa peristiwa hukum ini mengandung unsur-unsur asing (*foreign elements*) dan peristiwa hukum yang dihadapi adalah peristiwa HPI, bukan peristiwa hukum internal/domestik semata.

¹¹ Sudargo Gautama (1977), *op.cit.*, hlm.11.

¹² Sudargo Gautama (2006), *op.cit.*, hlm.61-62.

b. Titik taut sekunder (*secondary points of contact*)

Titik taut sekunder merupakan fakta-fakta dalam HPI yang akan membantu penentuan hukum manakah yang harus diberlakukan dalam menyelesaikan persoalan HPI yang sedang dihadapi. Titik taut sekunder sering kali disebut titik taut penentu karena fungsinya akan menentukan hukum manakah yang akan digunakan sebagai the applicable law dalam penyelesaian suatu perkara.

Adapun yang masuk dalam titik taut sekunder dalam HPI, antara lain:

- 1) Kewarganegaraan;
- 2) Bendera kapal;
- 3) Domisili;
- 4) Tempat kediaman;
- 5) Tempat kedudukan badan hukum;
- 6) Pilihan hukum;
- 7) Tempat terletak benda;
- 8) Tempat dilangsungkannya perbuatan hukum;
- 9) Tempat terjadinya perbuatan melanggar hukum.

3. Masalah-Masalah Pokok HPI

Terdapat beberapa permasalahan utama yang dihadapi HPI di berbagai negara, yaitu¹³:

- a. Hakim atau badan peradilan manakah yang berwenang menyelesaikan perkara-perkara hukum yang mengandung unsur asing;

¹³ *ibid*, hlm.22-24.

- b. Hukum manakah yang harus diberlakukan untuk mengatur dan/atau menyelesaikan persoalan-persoalan hukum yang mengandung unsur asing;
- c. Sejauh mana suatu pengadilan harus memerhatikan dan mengakui putusan-putusan hukum asing atau mengakui hak-hak yang terbit berdasarkan hukum atau putusan pengadilan asing.

4. Pendekatan-Pendekatan HPI

Pendekatan HPI diklasifikasikan berdasarkan beberapa hal, yaitu:¹⁴

- a. Pendekatan berdasarkan tujuan HPI, yaitu:
 - 1) HPI yang bertujuan mewujudkan keadilan dalam perselisihan hukum (*conflict justice*)

Kelompok ini menghimpun teori-teori dan doktrin-doktrin HPI yang lebih mementingkan keseragaman pola penyelesaian perkara-perkara HPI dalam bidang-bidang hukum tertentu, dimanapun dan berdasarkan hukum apapun perkara diselesaikan (*decisional harmony*). Karena itu, kelompok ini memusatkan perhatiannya pada pengembangan asas-asas HPI yang tetap dan kaku (*hard and fast rules*) yang dapat diterapkan pada setiap perkara hukum yang sejenis.
 - 2) HPI yang bertujuan mewujudkan keadilan substansial dalam setiap perkara (*substantive justice*)

¹⁴ *ibid*, hlm.27-30.

Kelompok ini menghimpun teori-teori HPI yang lebih mengutamakan pengupayaan keadilan substansial dalam setiap perkara yang dihadapi dengan memperhatikan kondisi dan situasi khusus yang melingkupi perkara. Teori-teori dalam kelompok ini menawarkan metodologi yang harus digunakan untuk menetapkan aturan hukum substansial (*substantive law*) diantara aturan-aturan yang berhadapan dalam perkara tertentu, yang lebih relevan diberlakukan dalam penyelesaian perkara.

b. Pendekatan berdasarkan hasil yang dicapai dari proses HPI, antara lain:

- 1) Pendekatan HPI yang berfungsi menetapkan sistem hukum yang seharusnya berlaku atas semua persoalan hukum yang dapat timbul dari sebuah perkara HPI (*jurisdiction-selecting approaches*);
- 2) Pendekatan HPI yang berfungsi memilih dan menetapkan aturan hukum lokal yang harus diberlakukan atas masalah hukum (*legal issue*) tertentu yang terbit dari sebuah perkara HPI tertentu (*rules-selecting approaches*).

c. Pendekatan berdasarkan metodologi penetapan hukum yang harus diberlakukan, meliputi:

- 1) Pendekatan *Lex Fori*

Pengadilan yang menangani perkaralah yang akan memberlakukan hukumnya sendiri untuk memutus perkara yang dihadapinya.

2) Pendekatan *Multilateralism*

Bertitik tolak dari prinsip bahwa pengadilan harus tetap bersikap netral dan menetapkan terlebih dahulu tempat kedudukan dari hubungan hukum yang menjadi perkara dengan bantuan titik-titik taut. Apabila tempat kedudukan itu telah dapat ditetapkan, hukum dari tempat itulah yang harus digunakan untuk menyelesaikan semua persoalan hukum yang timbul dari hubungan hukum yang bersangkutan. Jadi pendekatan ini selalu bersifat *jurisdiction selecting*.

3) Pendekatan *Universalism*

Forum harus menentukan aturan hukum diantara aturan-aturan hukum yang relevan (baik dari *lex fori* maupun hukum asing) yang akan diberlakukan untuk menyelesaikan persoalan hukum tertentu yang timbul dalam suatu hubungan hukum. Pengadilan menentukan sejauh mana hukumnya sendiri dapat diberlakukan dalam menyelesaikan perkara dan/atau alasan-alasan apa yang dapat menjadi dasar pembeda untuk mengesampingkan *lex fori* dan memberlakukan hukum asing.

4) Pendekatan Hukum Substantif

Cenderung menyelesaikan persoalan-persoalan HPI dengan menggunakan asas-asas atau aturan-aturan hukum substantif (hukum materiil) yang diterima dan diakui secara internasional.

5) Pendekatan Eklektik (*eclecticism*)

Juenger menggambarkan kecenderungan untuk mengakomodasi semua pendekatan yang berbeda-beda itu dengan mengombinasikan dalam penetapan hukum atau aturan hukum yang seharusnya berlaku dalam penyelesaian suatu perkara. Secara kasuisti, elemen-elemen yang diunggulkan oleh masing-masing pendekatan terdahulu itu dapat digunakan untuk menetapkan hukum/aturan hukum yang akan diberlakukan, bergantung dari pertimbangan-pertimbangan yang khas yang terbit dari kondisi dan situasi setiap perkara.

5. Asas-Asas HPI

Terdapat beberapa asas HPI yang tumbuh dan berkembang dan kini menjadi asas penting dalam HPI modern, yaitu:¹⁵

a. Asas *Lex Rei Sitae* (*Lex Situs*)

Perkara-perkara yang menyangkut benda-benda tidak bergerak (*immovable/onroerend goederen*) tunduk pada hukum dari tempat dimana benda itu berada/terletak.

b. Asas *Lex Domicilii*

Hak dan kewajiban perorangan harus diatur oleh hukum dari tempat seseorang berkediaman tetap. Dengan perkembangannya asas ini lebih dikenal dengan asas kewarganegaraan (*lex patriae*).

¹⁵ *ibid*, hlm.33-34.

c. *Asas Lex Loci Contractus*

Terhadap perjanjian-perjanjian (yang melibatkan pihak-pihak warga dari tempat/wilayah yang berbeda) berlaku hukum dari tempat pembuatan perjanjian dilangsungkan. Asas ini memiliki peran yang sangat penting dalam menyelesaikan persoalan-persoalan HPI di bidang kontrak. Namun seiring perkembangan teknologi dan zaman dimana terkadang para pihak mengikatkan diri dalam suatu kontrak tanpa bertatap muka, maka timbul lah asas *lex loci solutionis* yang menunjuk ke arah hukum dari tempat pelaksanaan kontrak (*place of performance*).

B. Kepailitan Lintas Negara

1. Pengertian

Berdasarkan *Black Law Dictionary*, kepailitan merupakan kondisi seseorang dinyatakan pailit, tidak mampu untuk membayar utang, kurangnya sarana untuk membayar utang. Atau kondisi dimana seseorang tidak mampu membayar utang-utangnya saat jatuh tempo dalam hal hal umum, perdagangan ataupun bisnis.

*“ Insolvency is the condition of a person who is insolvent; inability to pay one's debts; lack of means to pay one's debts. Such a relative condition of a man's assets and liabilities that the former, if all made immediately available, would not be sufficient to discharge the latter. Or the condition of a person who is unable to pay his debts as they fall due, or in the usual course of trade and business”*¹⁶

¹⁶ Hendry Campbell, *op.cit.*, hlm.937.

Disamping itu, dalam *Dictionary of Bussiness Term* oleh Jack Friedman dalam Buku Hukum Kepailitan oleh Munir Fuady, insolvensi didefinisikan sebagai:¹⁷

- a. Ketidaksanggupan untuk memenuhi kewajiban finansial ketika jatuh waktu seperti layaknya dalam bisnis, atau
- b. Kelebihan kewajiban dibandingkan dengan aset yang dimilikinya dalam waktu tertentu.

Menurut Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 37 Tahun 2004 Tentang Kepailitan Dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, Kepailitan adalah sita umum atas semua kekayaan debitor pailit yang pengurusan dan pemberesannya dilakukan oleh kurator di bawah pengawasan Hakim Pengawas sebagaimana diatur dalam Undang- Undang tersebut.

Sementara, kepailitan lintas negara dedefinisikan sebagai kepailitan yang timbul dari suatu transaksi bisnis internasional, yang terdapat unsur pelaku usaha asing (*foreign elements*) di dalamnya, yang bukan berasal dari negara dimana proses kepailitan tersebut dilakukan.¹⁸

Sedangkan menurut Philip R wood:

*“Cross - border insolvency – proceedings overrode the previous strict territorially of state insolvency proceedings which did not extend to assets located in foreign countries or vice visa.”*¹⁹

¹⁷ Jack P.Friedman, *Dictionary of Bussiness Terms*. New York, USA: Barron’s Educational Series, Inc., 1987, hlm.289 dalam Munir Fuady, *op.cit.*, hlm.135.

¹⁸ Daniel Suryana, *Kepailitan Terhadap Badan Usaha Asing oleh Pengadilan Niaga Indonesia*, Bandung: Pustaka Sutra, 2007, hlm. 2; lihat juga Gilang Muhammad Santosa, *Skripsi: Keberlakuan Prinsip Kepailitan dalam Studi Kasus Kepailitan Manwani Santosh Tekchand Melawan OCBC Securities* (Universitas Indonesia, 2012), Hlm.4.

¹⁹ Philip R Wood, *Principles of International Insolvency*, London: Thomson sweet & Maxwell,

Jadi dari beberapa definisi diatas, maka penulis menyimpulkan bahwa kepailitas lintas negara merupakan ketidakanggupan debitor untuk membayar utangnya kepada pihak debitor ketika utang tersebut jatuh tempo atau dapat ditagih, dimana terdapat unsur lintas batas negara di dalamnya.

Adapun contoh kasus kepailitan yang dapat dikategorikan sebagai kasus kepailitan lintas negara yang harus diselesaikan dengan kaidah-kaidah HPI diantaranya:²⁰

- a. Sebuah perusahaan di luar negeri dinyatakan pailit oleh pengadilan Indonesia. Perusahaan tersebut memiliki saham dari sebuah perusahaan yang ada di Indonesia (berbentuk *joint venture*).
- b. Sebuah perusahaan di luar negeri dinyatakan pailit oleh pengadilan Indonesia. Perusahaan tersebut mempunyai perjanjian dengan perusahaan Indonesia (misalnya dalam bentuk perjanjian penggunaan nama atau *naming right agreement*).
- c. Sebuah perusahaan di Indonesia dinyatakan pailit oleh pengadilan di Indonesia. Perusahaan tersebut memiliki saham perusahaan di luar negeri atau mempunyai perjanjian dengan perusahaan di luar negeri.

2007, hlm.179.

²⁰ Mutiara Hikmah, *op.cit.*, hlm.76.

2. Subyek Hukum Kepailitan Lintas Negara

Di dalam hukum internasional ada beberapa subjek hukum internasional yaitu: (a) negara; (b) tahta suci; (c) palang merah internasional (*International Committee of The Red Cross - ICRC*); (d) organisasi internasional; (e) orang perorangan (individu); (f) pemberontak dan pihak dalam sengketa (*belligerent*); dan (g) perusahaan multinasional. Namun berbeda halnya dalam ranah hukum perdata, subyek hukum perdata dapat digolongkan dalam dua kategori yaitu:

- a. Manusia (*natuurlijk persoon*)
- b. Badan hukum (*rechtspersoon*)

Dalam ranah hukum kepailitan, subyek hukumnya pun memiliki hak dan kewajiban yang diatur dalam undang-undang kepailitan sebuah negara. Pada beberapa negara pengaturan mengenai kepailitan digolongkan menjadi kepailitan pribadi dan kepailitan badan hukum. Dalam beberapa negara pengaturan mengenai subyek hukum tersebut dibedakan dalam undang-undang kepailitan. Subyek hukum dalam perkara kepailitan dapat bertindak sebagai:

- a. Pemohon pailit

Pemohon pailit merupakan pihak yang berinisiatif untuk mengajukan permohonan pailit ke pengadilan berdasarkan undang-undang kepailitan. Adapun yang dapat bertindak sebagai pemohon pailit dalam mengajukan permohonan pailit antara lain:

1) Pihak debitor itu sendiri

Black law dictionary mendefinisikan debitor sebagai, “*One who owes a debt; he who may be compelled to pay a claim or demand. Anyone liable on a claim, whether due or to become due.*”²¹ Sementara *US Bankruptcy Code* mendefinisikan debitor sebagai, “*person or municipality concerning which a case under this title has been commenced.*” Makna ‘person’ dalam hal ini termasuk individu, persekutuan, dan juga perusahaan namun bukan unit pemerintahan.²²

Selanjutnya, Indonesia di dalam UU No.37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang mendefinisikan debitor sebagai orang yang mempunyai utang karena perjanjian atau undang-undang yang pelunasannya dapat ditagih di muka pengadilan.²³

2) Satu atau lebih pihak kreditor

Black law dictionary mendefinisikan kreditor sebagai, “*A person to whom a debt is owing by another person who is the debtor.*”²⁴ Sementara *US Bankruptcy Code* mendefinisikan kreditor sebagai, “*entity (include person, estate, trust, governmental unit, and US trustee) that has a claim against debtor that arose at that*

²¹ Hendry Campbell Black, *op.cit.*, hlm.492.

²² Brian A.Blum, *Bankruptcy and Debtor/Creditor Examples and Explanations*, United States of America: Little Brown and Company, 1993, hlm.197.

²³ UU No.37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, pasal.1(3).

²⁴ Hendry Campbell Black, *op.cit.*, hlm.441.

*time of or before the order for relief concerning the debtor.”*²⁵

Selanjutnya, Indonesia di dalam UU No.37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang mendefinisikan kreditor sebagai orang yang mempunyai piutang karena perjanjian atau Undang-Undang yang dapat ditagih di muka pengadilan.²⁶

Menurut Jerry Hoff, terdapat tiga jenis kreditor, yaitu:²⁷

a) Kreditor Konkuren (*Unsecured Creditor*)

Terkait dengan kreditor konkuren, Jerry Hoff menerangkan bahwa,

*“unsecured creditors do not have priority and will therefore be paid, if any proceeds of the bankruptcy estate remain, after all the other creditor have received payment. Unsecured creditors are required to present their claims for verification to their receiver and they are charged a pro rata parte share of the costs of the bankruptcy.”*²⁸

Dapat ditafsirkan bahwa kreditor konkuren yakni kreditor yang tanpa jaminan, tidak memiliki hak prioritas namun tetap akan menerima pembayaran, jika terdapat sisa hasil harta pailit debitor, setelah semua kreditor menerima pembayarannya. Kreditor konkuren diharuskan menunjukkan klaim mereka untuk verifikasi atas pembayaran mereka, serta pada mereka juga diberlakukan prinsi *pro rata parte* terhadap biaya

²⁵ *US Bankruptcy Code*, pasal.10(a).

²⁶ *UU No.37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, pasal.1(2).

²⁷ M.Hadi Shubhan, *Hukum Kepailitan: Prinsip, Norma dan Praktik Peradilan*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009, hlm.32.

²⁸ Jerry Hoff, *Indonesia Bankruptcy Law*, Jakarta: Tatanusa, 2004, hlm.117.

kepailitan.

b) Kreditor Preferen (*Secured Creditor*)

Terkait dengan kreditor preferen, Jerry Hoff juga menyatakan bahwa,

“Right of secured creditors, security interests are in rem right that vest in the creditor by agreement and subsequent performance of certain formalities. A creditor whose interest are secured by an in rem right is usually entitled to cause the foreclosure of the collateral, without a judgement, to satisfy his claim for the proceeds with priority over the other creditors. This right to foreclose without a judgement is called the right of immediate enforcement.”²⁹

Dimana penulis menafsirkan bahwa, kreditor preferen merupakan kreditor pemegang jaminan, yang memiliki hak prioritas berdasarkan suatu perjanjian tertentu dengan debitor. Kreditor preferen dapat melakukan penyitaan terhadap harta debitor yang dijadikan jaminan tanpa menunggu putusan pengadilan, dikarenakan ia memiliki hak prioritas dan istimewa dalam menerima pembayaran piutangnya. Hak untuk melakukan penyitaan atas jaminan tanpa putusan pengadilan disebut sebagai *the right of immediate enforcement*.

c) Kreditor dengan Hak Istimewa (*Preferred Creditor*)

Atas kreditor dengan hak istimewa, Jerry Hoff mengungkapkan bahwa:

“Preferred creditors, unlike secured creditors, have a preference to their claim. Obviously, the preference issue

²⁹ *ibid*, hlm.96.

*is only relevant if there is more than one creditor and if the assets of the debtor are not sufficient to pay of all the creditors (there is concursus creditorum). Preferred creditors are required to present their claims to the receiver for verification and are thereby charged a pro rata parte share of costs of the bankruptcy.”*³⁰

Ada beberapa kategori kreditor dengan hak istimewa, diantaranya:

- i. Kreditor yang memiliki prioritas hukum
- ii. Kreditor yang tidak memiliki prioritas hukum

iii. Estate creditors

Berbeda halnya di Indonesia, dikenal tiga macam kreditor yaitu:

a) Kreditor separatis

Kreditor separatis adalah kreditor pemegang hak jaminan kebendaan. Hak jaminan kebendaan yang dimiliki oleh kreditor pemegang hak jaminan kebendaan tersebut memberikan kewenangan bagi kreditor tersebut untuk menjual secara lelang kebendaan yang dijaminkan kepadanya dan untuk selanjutnya memperoleh pelunasan secara mendahului kreditor-kreditor lainnya dari hasil penjualan kebendaan yang dijaminkan kepadanya tersebut. Hak-hak jaminan kebendaan yang memberikan hak menjual sendiri secara lelang dan untuk memperoleh pelunasan secara terlebih dahulu dari gadai, hipotek, hak tanggungan, dan jaminan fidusia.³¹

³⁰ *ibid*, hlm.111-112.

³¹ Mutiara Hikmah, *op.cit.*, hlm.66.

- b) Kreditor preferen
 - c) Kreditor konkuren
- 3) Instansi negara terkait

Dalam hal ini beberapa negara memiliki klasifikasi yang berbeda-beda terkait pengaturan kepailitan termasuk pihak yang dapat mengajukan kepailitan. Di Indonesia itu sendiri diatur di dalam UU Kepailitan bahwa dalam hal debitor adalah bank, permohonan pernyataan diajukan oleh Bank Indonesia; dalam hal debitor adalah perusahaan efek, bursa efek, lembaga miring dan penjaminan, lembaga penyimpanan dan penyelesaian, permohonan pernyataan pailit diajukan oleh Badan Pengawas Pasar Modal; dan dalam hal debitor adalah perusahaan asuransi, dana pension, atau badan usaha milik negara yang bergerak di bidang kepentingan publik, maka permohonan pailit hanya dapat diajukan oleh Menteri Keuangan.³²

b. Termohon pailit

Selain pemohon pailit salah satu unsur penting yang bertindak sebagai subyek kepailitan lintas batas adalah termohon pailit, sebab tanpa adanya termohon pailit tentu saja tidak akan ada perkara kepailitan yang dimohonkan oleh pemohon pailit. Sebagai subyek hukum kepailitan lintas batas negara, termohon pailit pun dapat berupa

³² UU No.37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, Pasal 2(3),(4),(5).

perorangan / subyek hukum pribadi maupun berupa badan hukum.³³

3. Syarat-Syarat Kepailitan

Pada umumnya, ada beberapa syarat pengajuan permohonan kepailitan, diantaranya:

a. *Concursus creditorium*

Concursus creditorium merupakan syarat pengajuan kepailitan dimana terdapat keharusan adanya dua atau lebih kreditor.³⁴

b. Syarat harus adanya utang

Black law dictionary mendefinisikan utang (*debt*) sebagai:

A specified sum of money owing to one person from another, including not only the obligation of the debtor to pay, but the right of the creditor to receive and enforce payment.

Pengertian utang dalam arti luas adalah kewajiban untuk melakukan sesuatu meskipun bukan merupakan kewajiban untuk membayar sejumlah uang, tetapi tidak dipenuhinya kewajiban tersebut dapat menimbulkan kerugian uang bagi pihak kepada siapa kewajiban tersebut harus dipenuhi.³⁵ Tanpa adanya utang maka esensi kepailitan menjadi tidak ada karena kepailitan merupakan pranata hukum untuk melakukan likuidasi aset debitor untuk membayar utang-utangnya kepada pihak kreditor. Dengan demikian, utang merupakan *raison d'être* dari suatu kepailitan.

³³ Arindra Maharany, Skripsi: *Tinjauan Hukum Terhadap Penerapan Instrumen Hukum Internasional Dalam Pengaturan Kepailitan Lintas Batas Di Indonesia, Singapura, Malaysia, Thailand, Korea Selatan, Dan Jepang*, Universitas Indonesia: 2011, hlm.27.

³⁴ UU No.37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, Pasal.2(1); lihat juga Sutan Remy Sjahdeini, *Hukum Kepailitan*, Grafiti: Jakarta, 2002, hlm.64.

³⁵ Siti Anisah, *Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor dalam Hukum Kepailitan Indonesia*, Yogyakarta: Total Media, 2008, hlm.58.

Ned Waxman mengatakan. *“The concept of a claim is significant in determining which debts are discharged and who share in distribution.”* Dia juga membedakan antara *claim* dan *debt*. *Claim is a right to payment, even if it is the unliquidated, unmatured, disputed, or contingent. It also includes the right to an equitable remedy for breach of performance if such breach gives rise to right to payment.* Sementara *debt* diartikan sebagai *“liability on a claim”*.³⁶

Setiap negara memiliki pembatasan jumlah nilai nominal utang yang berbedabeda sebagai dasar pengajuan permohonan kepailitan. Pembatasan tersebut untuk membatasi permohonan pailit terhadap kreditor yang memiliki jumlah utang yang sedikit (di bawah minimum) dan pembatasan skala penanganan kepailitan. Disamping itu, pembatasan tersebut ditujukan sebagai bentuk perlindungan hukum terhadap kreditor mayoritas dari sikap kesewenang-wenangan kreditor minoritas.

Pembatasan nilai minimum utang hanya berkaitan dengan *legal standing in judicio* (kewenangan untuk mengajukan perkara) sedangkan pengakuan kreditor yang memiliki piutang di bawah nilai minimal tersebut dalam proses pembagian harta pailit sama dengan kreditor lainnya secara proporsional.³⁷

³⁶ Ned Waxman, *Bankruptcy*, Gilbert Law Summaries, Chicago: Harcourt Brace Legal and Profesional Publication Inc, 1992, hlm.6-7.

³⁷ M.Hadi Shubhan, *op.cit.*, hlm.37.

c. Syarat utang harus telah jatuh waktu dan dapat ditagih

Jatuh waktu dan dapat ditagih memiliki makna yang berbeda. Suatu utang dapat saja telah dapat ditagih tetapi belum jatuh waktu. Pada perjanjian-perjanjian kredit perbankan, kedua hal tersebut jelas dibedakan. Utang yang telah jatuh waktu adalah utang yang dengan lampaunya waktu penjadwalan yang ditentukan di dalam perjanjian kredit tersebut, menjadi jatuh waktu dan karena itu pula kreditor berhak untuk menagihnya. Di dalam dunia perbankan disebut bahwa utang itu telah expired. Tidak harus suatu kredit bank dinyatakan expired pada tanggal akhir perjanjian kredit sampai, cukup apabila tanggal-tanggal jadwal angsuran kredit telah sampai. Misalnya pada perjanjian kredit investasi, kredit harus diangsur setiap 3 bulan setelah *grace period* kredit tersebut sampai.

Namun dapat terjadi bahwa sekalipun belum jatuh waktu tetapi utang itu telah dapat ditagih karena telah terjadi salah satu dari peristiwa yang disebut *events of default*. Lazim di dalam perjanjian kredit perbankan untuk mencantumkan klausul yang disebut *events of default clause*, yaitu klausul yang memberikan hak kepada bank untuk menyatakan nasabah debitor *in-default* atau wanprestasi apabila salah satu peristiwa (*event*) yang tercantum dalam events of default itu terjadi. Terjadinya peristiwa (*event*) itu bukan saja mengakibatkan nasabah debitor wanprestasi, tetapi juga memberikan hak kepada bank selaku kreditor untuk seketika menghentikan penggunaan kredit lebih

lanjut oleh nasabah debitor dan seketika itu pula memberikan hak kepada bank selaku kreditor untuk menagih kredit yang telah digunakan oleh nasabah debitor.³⁸

- d. Syarat cukup satu utang saja telah jatuh waktu dan dapat ditagih

Hukum kepailitan bukan mengatur kepailitan debitor yang tidak membayar kewajibannya hanya kepada salah satu kreditornya saja, melainkan debitor harus berada dalam keadaan insolven. Seorang debitor berada dalam keadaan insolven hanya apabila debitor tidak mampu secara finansial untuk membayar utang-utangnya kepada sebagian besar para kreditornya. Seorang debitor tidak dapat dikatakan telah dalam keadaan insolven apabila debitor tidak membayar utangnya hanya kepada seorang kreditor saja, sedangkan kepada kreditor-kreditor lainnya debitor tetap melaksanakan kewajiban pelunasan utangnya dengan baik.³⁹

4. Cara untuk Menentukan Situasi Pailit

Secara garis besar terdapat dua *financial test* untuk menentukan insolvensi, yaitu⁴⁰:

a. Balance-Sheet Test

Berdasarkan *balance-sheet test*, seorang debitor dianggap telah memasuki wilayah insolvensi pada saat utangnya melebihi asetnya.⁴¹

Dalam pengertian tradisional *balance-sheet test* melihat insolvensi

³⁸ Sutan Remy Sjahdeini, *op.cit.*, hlm.69.

³⁹ *ibid*, hlm.71-72.

⁴⁰ Siti Anisah, *op.cit.*, hlm.420-438.

⁴¹ John C.McCoid II, *The Occasion for Involuntary Bankruptcy*, 61 Am.Bankr.L.J. 195, 1987, hlm.195-197.

sebagai suatu kondisi keuangan yang terjadi ketika jumlah utang debitor lebih besar dibandingkan dengan aset yang dimiliki debitor, berdasarkan penilaian yang wajar⁴², atau dengan kata lain seorang debitor berada dalam keadaan insolven ketika the value of the assets of the debtor sebagai suatu perusahaan yang berjalan melebihi tanggung jawabnya, termasuk di dalamnya biaya likuidasi.⁴³ Ada pula yang berpendapat bahwa seorang debitor dapat dikatakan insolven ketika total tanggung jawabnya melampaui total asetnya. Tes ini disebut pula sebagai *straight-forward test*, dan banyak pengadilan yang telah menerapkannya.

Penentuan insolvensi dengan menggunakan *balance-sheet test* cukup rumit penilaiannya. Untuk menentukan nilai aset perusahaan dibandingkan dengan utang-utangnya, sangat perlu menentukan terlebih dahulu apakah aset harus ditaksir pada saat perusahaan berjalan atau pada saat likuidasi, dimana metode penilaian atau perubahan urutan dari dasar penilaian seharusnya digunakan. Nilai yang tercatat atas suatu aktiva atau kewajiban sebagaimana dicerminkan dalam laporan keuangan perusahaan atau individu tidak mengontrol maksud dari *balance-sheet test*.⁴⁴

⁴² 11.U.S.C 1982, para 101 (29).

⁴³ *Bankruptcy Code*, 11.U.S.C, para 101 (32) (2000); lihat juga John Purcell, *The Contrasting Approach of Law and Accounting to the Defining of Solvency and Associated Directors' Declaration*, 10 *Insol.L.J.* 192, 2002, hlm.195.

⁴⁴ Siti Anisah, *op.cit.*, hlm.428.

b. *Cash-Flow Test* atau *Equity Test*

Berdasarkan *cash-flow test*, ketika suatu perusahaan (debitor) tidak mampu membayar utang-utangnya yang telah jatuh tempo, maka perusahaan (debitor) tersebut telah memasuki zona insolvensi.⁴⁵ Pengertian lain dari *cash-flow test* terhadap debitor yang dianggap insolven adalah debitor yang tidak membayar utangnya yang telah jatuh tempo (*generally not paying its debts as they become due*).⁴⁶

Cash-flow test atau disebut juga *equity test* menunjukkan permulaan yang signifikan dari debitor yang tidak dapat membayar utangnya, sedangkan *balance-sheet test* mencari tahu apakah utang debitor melebihi aset-asetnya.

5. Macam-macam kepailitan

Berdasarkan hukum-hukum nasional di beberapa negara, ada dua macam kepailitan ditinjau dari segi pengajuannya, yaitu:⁴⁷

a. Kepailitan Sukarela (*Voluntary Insolvency*)

Kepailitan sukarela dimana debitor yang mengajukan proceeding dan berkeinginan untuk dinyatakan pailit. Debitor dapat mengajukan permohonan pailit, bilamana terdapat alasan dimana dirinya atau

⁴⁵ Andrew Keay, *The Director's Duty to Take into Account the Interest of Company Creditors: When is it triggered?* 25 Melb. U.L. Rev.315, Agustus 2000, hlm.324.

⁴⁶ Karen E.Blaney, *What Do You Mean My Partnership Has Been Petitioned into Bankruptcy?*, 19 Fordham Urb.Law Journal 833, 1992, hlm.839.

⁴⁷ John D.Ashcroft & Janet E.Ashcroft, *Law for Business*, Edisi Ke-17, United States of America: South Western Cengage Learning, 2011, hlm.479.

kegiatan usahanya sudah tidak mampu lagi untuk melaksanakan kewajiban-kewajiban internal ataupun eksternal secara ekonomi.⁴⁸

b. Kepailitan Tidak Sukarela (*In-voluntary insolvency*)

Kepailitan tidak sukarela dimana proses pernyataan pailit diajukan oleh pihak kreditor secara invitum dan pihak debitor terpaksa dinyatakan pailit.

6. Prinsip-Prinsip Hukum Kepailitan

Terdapat beberapa prinsip-prinsip hukum kepailitan yang umum digunakan dalam berbagai sistem hukum, diantaranya:⁴⁹

a. Prinsip *Paritas Creditorium*

Prinsip *paritas creditorium* (kesetaraan kedudukan kreditor) menentukan bahwa para kreditor mempunyai hak yang sama terhadap semua harta benda debitor. Ketika debitor tidak dapat membayar utangnya, maka harta kekayaan debitor menjadi sasaran kreditor. Prinsip *paritas creditorium* mengandung makna bahwa semua harta kekayaan debitor baik yang berupa barang bergerak maupun barang yang tidak bergerak, baik harta yang dimiliki saat ini ataupun yang akan datang terikat kepada penyelesaian kewajiban kreditor.⁵⁰

⁴⁸ Aria Suyadi, Eryanto Nugroho, dan Herni Sri Nurbayanti, *Kepailitan di Negeri Pailit*, Jakarta: Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia, 2004, hlm. 78.

⁴⁹ M.Hadi Shubhan, *op.cit.*, hlm.27-46.

⁵⁰ Kartini Mulyadi, *Kepailitan dan Penyelesaian Utang Piutang*, dalam: Rudhy A.Lontoh (ed.) *Penyelesaian Utang Piutang Melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Bandung: Alumni, 2001, hlm.168.

b. Prinsip *Para Passu Prorata Parte*

Prinsip *para passu prorata parte* menyatakan bahwa harta kekayaan debitor merupakan jaminan bersama untuk para kreditor, dan hasilnya harus dibagikan secara proporsional diantara mereka, kecuali jika diantara para kreditor itu ada yang harus didahulukan dalam menerima pembayaran piutangnya menurut undang-undang.⁵¹ Prinsip ini diterapkan pada pembagian harta kekayaan debitor untuk melunasi utang-utangnya terhadap kreditor dengan cara yang lebih adil sesuai dengan proporsi mereka masing-masing (*pond-pond gewijs*) dan tidak dengan cara sama rata, dimana kreditor yang memiliki piutang yang lebih besar akan mendapatkan porsi pembayaran piutang yang lebih besar pula dari debitor ketimbang kreditor yang memiliki piutang yang lebih kecil daripadanya.

c. Prinsip *Structured Creditors*

Prinsip *structured creditors* adalah prinsip yang mengklasifikasikan dan mengelompokkan berbagai macam kreditor sesuai dengan kelasnya masing-masing.⁵²

d. Prinsip Utang

Dalam proses acara kepailitan, konsep utang sangatlah menentukan, karena tanpa adanya utang tidaklah mungkin perkara kepailitan akan bisa diperiksa.⁵³

⁵¹ Kartini Muljadi, *Actio Paulina dan Pokok-Pokok tentang Pengadilan Niaga*, dalam: Rudhy A.Lontoh (ed.) *Penyelesaian Utang Piutang Melalui Pailit atau Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang*, Bandung: Alumni, 2001, hlm.300.

⁵² M.Hadi Shubhan, *op.cit.*, hlm.32.

e. Prinsip *Debt Collection*

Prinsip *Debt Collection* mempunyai makna sebagai konsep pembalasan dari kreditor terhadap debitor pailit dengan menagih klaimnya terhadap debitor ataupun harta debitor. Dalam zaman modern, prinsip ini dimanifestasikan dalam bentuk antara lain likuidasi aset.⁵⁴ Prinsip ini berfungsi sebagai sarana pemaksa untuk merealisasikan hak-hak kreditor melalui proses likuidasi terhadap harta kekayaan debitor. Pranata hukum ini adalah lembaga kepailitan, namun terdapat pula pranata lain yaitu dengan cara *executorial attachment* (sita eksekutorial).

Prinsip ini menekankan bahwa utang dari debitor harus dibayar dengan harta kekayaan yang dimiliki oleh debitor sesegera mungkin untuk menghindari itikad buruk dari kreditor dengan cara menyembunyikan dan menyelewengkan terhadap segenap harta bendanya yang sebenarnya merupakan jaminan umum bagi kreditornya. Sebagai suatu alat untuk melakukan pengembalian utang-utang dari debitor dengan cara melakukan likuidasi asetnya, maka kepailitan lebih difokuskan untuk melakukan pemberesan aset-aset debitor dengan jalan melikuidasi aset-aset debitor. Manifestasi dari prinsip ini dalam kepailitan adalah ketentuan-ketentuan untuk melakukan pemberesan aset dengan jalan likuidasi yang cepat dan

⁵³ *ibid*, hlm.34.

⁵⁴ Emmy Yuhassarie, *Pemikiran Kembali Hukum Kepailitan Indonesia*, dalam Emmy Yuhassarie (ed.), *Undang-Undang Kepailitan dan Perkembangannya*, Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2005, hlm.xix.

pasti, prinsip pembuktian sederhana, diterapkannya putusan kepailitan serta merta, adanya ketentuan masa tunggu bagi pemegang jaminan kebendaan, dan curator sebagai pelaksana pengurusan dan pemberesan.⁵⁵

f. Prinsip *Debt Pooling*

Prinsip *debt pooling* adalah prinsip yang mengatur bagaimana harta kekayaan pailit harus dibagi diantara para kreditornya. Dalam melakukan pendistribusian aset tersebut, kurator akan berpegang pada prinsip *paritas creditorium* dan prinsip *pari passu prorata parte*, serta prinsip *structured creditors*.

Black mendefinisikan debt pooling sebagai:

“arrangement by which debtor adjusts many debts by distributing his assets among several creditor, who may or may not agree to take less than is owed, or and arrangement by which debtor agree to pay in regular installments a sum of money to one creditor who agrees to discharge all his debt.”⁵⁶

Prinsip ini juga mencakup pengaturan dalam sistem kepailitan terutama berkaitan dengan bagaimana harta kekayaan pailit harus dibagi diantara para kreditornya. Penjabaran sistem ini akan berkaitan dengan kelembagaan yang terlibat dalam proses kepailitan.⁵⁷

g. Prinsip *Debt Forgiveness*

Prinsip *debt forgiveness* mengandung makna bahwa kepailitan tidak hanya identik sebagai pranata pernistaan terhadap debitor saja

⁵⁵ M.Hadi Shubhan, *op.cit.*, hlm.39-41.

⁵⁶ Hendry Campbell Black, *ibid*, hlm.364-365.

⁵⁷ M.Hadi Shubhan, *op.cit.*, hlm.41-43.

atau hanya sebagai sarana tekanan (*pressie middle*), akan tetapi bisa bermakna sebaliknya, yaitu merupakan pranata hukum yang dapat digunakan sebagai alat untuk meringankan beban yang harus ditanggung oleh debitor sebagai akibat kesulitan keuangan sehingga tidak mampu melakukan pembayaran terhadap utang-utangnya sesuai dengan kesepakatan semula dan bahkan sampai pada pengampunan atas utang-utangnya sehingga utang-utangnya tersebut menjadi hapus sama sekali.

Implementasi dari prinsip debt forgiveness ini dalam norma-norma hukum kepailitan adalah diberikannya moratorium terhadap debitor atau dikenal dengan istilah penundaan kewajiban pembayaran utang untuk jangka waktu yang ditentukan, dikecualikannya beberapa aset debitor dari *boedel* pailit (*asset exemption*), pembebasan debitor atau harta debitor untuk membayar utang yang benar-benar tidak dipenuhinya (*discharge of indebtedness*), diberikannya status *fresh-starting* bagi debitor sehingga memungkinkan mereka untuk mulai melakukan usaha baru tanpa dibebani utang-utang lama, rehabilitasi terhadap debitor jika ia telah benar-benar menyelesaikan *skim* kepailitan, dan perlindungan hukum lain yang wajar terhadap debitor pailit.

Konsep *fresh starting* berbeda dengan konsep rehabilitasi. Dalam rehabilitasi, utang-utang debitor sudah diselesaikan sesuai dengan skema kepailitan yang terjadi. Rehabilitasi mengarah kepada pemulihan

hak-hak keperdataan khususnya hak terhadap harta kekayaan debitor dan pemulihan reputasi debitor di bidang usaha, sehingga debitor dapat kembali menjalankan usahanya sebagaimana semula.

Karen Gross berpendapat:

“Forgiveness does not necessarily return injured parties to where they were before. Forgiving debt does not mean creditors are repaid what they are owed. But it has potential to be restorative (rehabilitative) on several levels. It enables those wronged (the creditors) to feel that the disequilibrium created by nonpayment has been at least partially restored. Debtors who have submitted to the bankruptcy process have, in a sense, admitted failure. In a liquidation case, they make their nonexempt assets (if any) available to creditors, and they forgo the right to seek bankruptcy relief prospectively for a prescribed time period. Forgiveness also gives wrongdoer (the debtor) the opportunity to regain self-esteem and become once again a productive member of society. In a capitalistic economy, we want debtors to reintegrate into the system for their sake and our own. For debtors, reintegration allows the taking new risks. For society, taking risks is exactly what we want individuals and business to do. This enables the wheels of commerce to turn; individuals fend for themselves and do not become a drain on a scarce societal resources.”⁵⁸

7. Prinsip Keberlakuan Hukum Kepailitan

a. Prinsip Universalitas (*Unite Universalite Exterritorialite de la faillite*)

Prinsip universalitas meyakini bahwa semua aset debitor dapat digunakan untuk melunasi kewajiban.⁵⁹ Masalah kepailitan harus diselesaikan dibawah payung hukum yang sama (*the laws of a single country*). Penggunaan satu set administrasi payung hukum yang sama atas permasalahan kepailitan sejalan dengan konsep pasar simetri

⁵⁸ Karen Gross, *Failure and Forgiveness: Rebalancing The Bankruptcy System*, New Haven-Connecticut: Yale University Press, 1997, hlm.94.

⁵⁹ Fernando Locatelli, *op.cit.*, hlm.203

(*market symmetry*) dimana sejak pasar mulai berkembang melintasi batas negara, aturan hukum yang sama harus diterapkan secara konsisten diantara satu yurisdiksi dengan yurisdiksi lainnya. Jika aturan mengenai kepailitan lintas negara diterapkan layaknya pasar bebas tanpa batas, maka permasalahan kepailitan lintas negara dapat diselesaikan secara lebih efektif dan terduga.⁶⁰

Universalis berpendapat bahwa sistem penyelesaian kepailitan lintas batas yang terpusat akan memberikan:

- (1) persamaan perlakuan bagi semua kreditur;
- (2) maksimalisasi nilai harta pailit;
- (3) proses administrasi harta pailit yang cepat dan efisien; dan
- (4) prediktabilitas hasil akhir⁶¹

b. Prinsip Teritorialisme (*Pluralite de faillites, territorialite de la faillite*)

Prinsip teritorialisme didasarkan pada gagasan bahwa proses peradilannya (*the proceeding*) hanya akan mempertimbangkan aset yang berada di wilayah hukum di mana kebangkrutan diajukan.

Dengan kata lain, prinsip ini menganggap suatu proses peradilan di

⁶⁰ Donald S Bernstein, Timothy Graulich, Damon P Meyer and Robert Stewart, *The International Insolvency Law*, Chapter 1: *Recognition and Comity in Cross-Border Insolvency Proceedings*, hlm.1; Jay Lawrence Westbrook, *A Global Solution to Multinational Default*, 98 Mich. L. Rev. 2276, 2288 (2000) (Karena kepailitan sama dengan hukum pasar simetris, dimana pasar global membutuhkan hukum kepailitan yang bersifat global); John A E Pottow, *Procedural Incrementalism: A Model for International Bankruptcy*, 45 VA. J. Int'l L. 936, 946 (2005) (meragukan bahwa prinsip teritorialisme dalam sistem kepailitan akan mengacaukan sistem pasar simetris dan memberikan ketidak pastian akan asset pihak debitor)

⁶¹ Hannah L.Buxbaum, *Standford Journal of Interantional Law, Rethinking International Insolvency: The Neglected Role of Choice-of-Law Rules and Theory* (2000), hlm.24 ; Jay Lawrence Westbrook, *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, 65 AM. BANKR. L. J. 457, 460-61 (1991); *Theory and Pragmatism*, supra note 2, at 460-61; Robert K. Rasmussen, *A New Approach to Transnational Insolvencies*, 19 MICH. J. INT'L. 1, 17-18 (1997).

wilayah suatu negara berbeda dan tidak dapat diterapkan di wilayah yurisdiksi lain. Oleh karena itu, hanya asset local yang berada di wilayah yurisdiksi itu yang dapat digunakan untuk melunasi kewajiban utang terhadap pihak kreditur.

Namun, prinsip teritorialisme ini memiliki beberapa kelemahan, yaitu:

- 1) Dapat menyebabkan proses peradilan yang berganda dan terpisah disetiap wilayah yurisdiksi dimana asset bertempat;
- 2) Menyebabkan kesulitan dalam hal mengorganisir perusahaan-perusahaan yang memiliki asset di luar negeri;
- 3) Dapat menyebabkan perlakuan yang tidak adil dan tidak merata terhadap kreditor berdasarkan lokasi mereka, vis-à-vis ketersediaan aset dalam yurisdiksi⁶²

Prinsip ini mempermasalahkan kelayakan dan manfaat dari pendekatan penyatuan payung hukum kepailitan (prinsip universalitas). Mereka mempertanyakan apakah adil menganggap bahwa bagi kreditor lokal mengharapkan berlakunya hukum kepailitan asing untuk berlaku diwilayahnya.

8. Tujuan Hukum Kepailitan

Robert Jordan mengutip Louis E. Levinthal dalam buku *The Early History of Bankruptcy Law* mengenai tujuan utama dari hukum kepailitan, bahwa:

⁶² Fernando Locatelli, *op.cit.*, hlm.203; Ian F. Fletcher, *Insolvency in Private International Law: National and International Approaches* (1999).

*“It aims, first to secure and equitable division of the insolvent debtor’s property among all his creditors, and, in the second place, to prevent on the part of the insolvent debtor conduct detrimental to the interest of his creditors. In the other words, bankruptcy law seeks to protect creditors, first, from one another, secondly, from their debtors. A third object, the protection of the honest debtor from his creditors, by means of the discharge, is sought to be attained in some of the systems of bankruptcy, but this is by no means a fundamental feature of the law.”*⁶³

Dimana dapat ditarik 3 tujuan utama dari hukum kepailitan itu sendiri, yaitu:

- a. Untuk mengamankan dan menjamin pembagian harta kekayaan debitor pailit kepada para kreditor secara merata;
- b. Untuk mencegah debitor agar tidak melakukan perbuatan yang dapat merugikan kepentingan pihak kreditor;
- c. Untuk memberikan perlindungan kepada kreditor yang beritikad baik dari para kreditornya, dengan cara memperoleh pembebasan utang.⁶⁴

Disamping itu menurut Max Radin dalam tulisannya *The Nature of Bankruptcy*, tujuan semua undang-undang kepailitan (*bankruptcy laws*) adalah untuk memberikan suatu forum kolektif untuk memilah-milah hak-hak dari berbagai penagih terhadap aset seorang debitor yang tidak cukup nilainya.

⁶³ Robert L.Jordan, William D.Warren, Daniel J.Bussel, *Bankruptcy*, New York: Foundation Press, 1999, hlm.17 dalam Dr.Sutan Remy Sjahdeini, *op.cit.*, hlm.39.

⁶⁴ Sutan Remy Sjahdeini, *op.cit.*, hlm.38.

9. Manfaat Kepailitan

a. Manfaat Kepailitan Bagi Kreditor

Terdapat beberapa manfaat kepailitan bagi kepentingan kreditor, antara lain:

- 1) Adanya kepastian pelunasan piutang, meskipun tidak penuh (apabila kekayaan debitor dianggap tidak mencukupi);
- 2) Seluruh harta kekayaan debitor, kecuali terhadap hal yang dikecualikan undang-undang, menjadi harta pailit yang akan digunakan untuk pelunasan utang;
- 3) Kreditor tidak perlu berhadapan dengan debitor yang mungkin akan melakukan usaha-usaha mengulur pembayaran, melainkan kurator sebagai pihak netral yang bertugas untuk mengurus dan menyelesaikan segala utang debitor pailit;
- 4) Dengan pembatasan waktu, penyelesaian pembayaran dapat dilakukan dalam waktu yang singkat.

b. Manfaat Kepailitan Bagi Debitor

Tidak hanya bagi kreditor, kepailitan pun memiliki beberapa manfaat bagi pihak debitor, diantaranya:

- 1) Dengan kepailitan, debitor terlepas dari beban pengejaran tagihan para kreditor, karena penyelesaian utang-utangnya diurus oleh pihak lain yaitu pengadilan, kurator (*trustee*), dan hakim pengawas. Peralihan pengurusan penyelesaian utang-utang tersebut oleh kurator, memungkinkan debitor untuk dapat

melakukan langkah-langkah baru untuk dapat memulihkan usaha-usahanya.

2) Antara debitor dan kreditor mungkin ditemukan kesepakatan-kesepakatan baru seperti:

a) Perdamaian (*accord*) yaitu kesepakatan untuk membayar hanya sebagian utang-utangnya. Sisanya tidak perlu dibayar lagi tergantung dengan kesepakatan.

b) Tindakan membantu memulihkan usaha-usaha debitor sehingga dapat lancar kembali dan menguntungkan (reorganisasi perusahaan).

C. Sumber Hukum Internasional

Berdasarkan *ICJ Statute* Pasal 38(1), sumber hukum internasional meliputi:

1. Konvensi internasional, baik umum maupun khusus, yang membentuk aturan-aturan yang diakui secara tegas oleh negara-negara yang bersengketa;
2. Kebiasaan internasional, sebagai bukti praktek umum yang diterima sebagai hukum;
3. Asas-asas hukum umum yang diterima oleh bangsa-bangsa yang beradab;
4. Tunduk kepada ketentuan pasal 59, putusan pengadilan dan ajaran para ahli yang sangat memenuhi syarat dari berbagai negara sebagai sarana pelengkap bagi penentuan aturan hukum.

Penjelasan:

1. Perjanjian Internasional

Konvensi-konvensi atau perjanjian-perjanjian internasional merupakan sumber utama hukum internasional. Perjanjian internasional adalah perjanjian yang diadakan diantara anggota masyarakat bangsa-bangsa dan mempunyai tujuan untuk menimbulkan akibat-akibat hukum tertentu bagi para pihak yang mengadakannya. Suatu perjanjian disebut sebagai perjanjian internasional apabila perjanjian itu diadakan oleh anggota-anggota masyarakat internasional sehingga suatu perjanjian internasional dapat diadakan diantara negara dengan negara lain atau negara-negara lain, antara negara dengan organisasi internasional, antara organisasi internasional yang satu dan organisasi internasional yang lainnya, antara negara atau organisasi internasional dengan subjek hukum internasional lainnya seperti Vatikan (Tahta Suci), organisasi pembebasan, kaum beligeransi, ataupun subjek hukum bukan negara (*non state entities*).⁶⁵

Sementara, *Vienna Convention on The Law of Treaties* mendefinisikan perjanjian internasional (treaty) sebagai:

*“an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation.”*⁶⁶

⁶⁵ Muhammad Ashri, *Hukum Perjanjian Internasional: Dari Pembentukan Hingga Akhir Berlakunya*, Arus Timur: 2012, hlm.3.

⁶⁶ *Vienna Convention on The Law of Treaties 1969*, art.2(1)(a).

Selanjutnya Pasal 1 UU No.24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional menyatakan bahwa perjanjian internasional merupakan perjanjian dalam bentuk dan nama tertentu yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum public.

Dalam beberapa literatur, perjanjian internasional dapat diklasifikasikan menurut beberapa kriteria, antara lain:

a. Subjek yang mengadakan perjanjian

Dari segi subjek, perjanjian dapat digolongkan menjadi (1) perjanjian bilateral dan (2) perjanjian multilateral. Perjanjian bilateral terbentuk bilamana hanya terdapat dua pihak didalam perjanjian sementara perjanjian multilateral bilamana terdapat lebih dari dua pihak dalam perjanjian.⁶⁷

b. Bentuk perjanjian

Dari segi bentuk, perjanjian dapat digolongkan menjadi (1) perjanjian tertulis dan (2) perjanjian lisan.

c. Sifat pelaksanaan perjanjian

Dari sifat pelaksanaannya, perjanjian dapat digolongkan atas (1) *executed treaty* dan (2) *executor treaty*. *Executed treaty* membahas suatu masalah/isu tunggal, sehingga dengan diselesaikannya masalah/isu tersebut maka perjanjian itu telah selesai. Sementara, *executor treaty* menetapkan pelaksanaan dan aplikasi perjanjian serta

⁶⁷ Boer Mauna, *Hukum Internasional: Pengertian, Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, Bandung: Penerbit PT.Alumni, 2011, hlm.9.

tindakan-tindakan yang diperlukan lebih lanjut, contohnya perjanjian perdagangan, ataupun ekstradisi.

d. Fungsi perjanjian dalam pembentukan hukum

Dari segi fungsi perjanjian dalam pembentukan hukum, perjanjian internasional dibagi menjadi dua yaitu (1) *law making treaty* dan (2) *treaty contract*. *Law making treaty* dimaksud sebagai perjanjian yang meletakkan ketentuan-ketentuan atau kaidah-kaidah hukum bagi masyarakat internasional, dan pada umumnya merupakan perjanjian multilateral. Sementara *treaty contract* merupakan perjanjian yang menyerupai suatu kontrak atau perjanjian dalam hukum perdata, hanya mengakibatkan hak-hak dan kewajiban-kewajiban bagi para pihak yang mengadakannya. *Treaty contract* tidak secara otomatis menjadi sumber hukum internasional, namun perjanjian seperti ini dapat menjadi sumber hukum melalui proses kebiasaan yang diterima oleh berbagai negara.

2. Hukum Kebiasaan Internasional

Istilah kebiasaan (*custom*) dan adat istiadat (*usage*) sering digunakan secara bergantian. Namun terdapat perbedaan makna diantara kedua istilah tersebut. Adat istiadat merupakan tahapan yang mendahului adanya kebiasaan. Kebiasaan dimulai ketika adat-istiadat berakhir. Adat istiadat adalah suatu kebiasaan bertindak yang belum sepenuhnya memperoleh pengesahan hukum. Sementara kebiasaan sebagaimana

dimaksud oleh hukum adalah suatu adat istiadat yang telah memperoleh kekuatan hukum.⁶⁸

Hukum kebiasaan berasal dari praktek negara-negara melalui sikap dan tindakan yang diambilnya terhadap suatu persoalan. Bila suatu negara mengambil suatu kebijaksanaan dan kebijaksanaan tersebut diikuti oleh negara-negara lain dan dilakukan berkali-kali serta tanpa adanya protes atau tantangan dari pihak lain maka secara berangsur-angsur terbentuklah suatu kebiasaan. Terbentuknya suatu hukum kebiasaan didasari oleh praktek yang sama, dilakukan secara konstan, tanpa adanya pihak yang menentang serta diikuti oleh banyak negara. Dengan demikian, maka terbentuk hukum kebiasaan yang semakin lama semakin kuat dan berlaku secara universal.⁶⁹

Kaidah-kaidah kebiasaan internasional dikembangkan dalam kurang lebih tiga bidang, yaitu:

- a. Hubungan-hubungan diplomatik antara negara-negara;
- b. Praktek organ-organ internasional;
- c. Perundangan negara-negara.

3. Prinsip-Prinsip Umum Hukum

Prinsip-prinsip umum hukum yang dimaksud adalah prinsip-prinsip hukum yang berlaku dalam seluruh atau sebagian besar hukum

⁶⁸ J.G.Starke, *Pengantar Hukum Internasional*, Edisi Kesepuluh, Jakarta: Sinar Grafika, 2004, hlm.45.

⁶⁹ Boer Mauna, *op.cit.*, hlm.10-11.

nasional negara-negara. Walaupun setiap hukum nasional berbeda-beda, namun prinsip-prinsip pokoknya tetap sama.⁷⁰

4. Keputusan-keputusan Peradilan

Satu-satunya pengadilan yudisial internasional permanen yang memiliki yurisdiksi umum adalah *International Court of Justice* (ICJ), yang sejak tahun 1946 menggantikan kedudukan *Permanent Court of Justice* (PCIJ) yang dibentuk pada tahun 1921. Namun menurut piagam Mahkamah Internasional (*ICJ Statute*), tidak dikenal asas keputusan pengadilan yang mengikat (*rule of binding precedent*). Pasal 59 *ICJ Statute* menyatakan:

“The decision of the court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”

Pasal tersebut bermakna bahwa keputusan-keputusan mahkamah tidak mempunyai kekuatan mengikat kecuali diantara para pihak dan perkara-perkara khusus yang berkaitan. Jika keputusan Mahkamah Internasional sendiri tidak mengikat selain bagi perkara yang bersangkutan, *a fortiori* keputusan pengadilan lainnya tidak mungkin mempunyai kekuatan mengikat. Yang dimaksud dengan keputusan pengadilan dalam pasal 38 ayat 1 sub d adalah pengadilan dalam arti luas dan meliputi segala macam peradilan internasional maupun nasional termasuk di dalamnya mahkamah dan komisi arbitrase.⁷¹

⁷⁰ *ibid*, hlm.11.

⁷¹ Mochtar Kumaatmadja & Etty R.Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung: PT.Alumni, 2003, hlm.151.

Meskipun demikian, mahkamah menggunakan keputusan-keputusannya yang terdahulu sebagai pedoman mengenai apa yang merupakan hukum, misalnya untuk tujuan menjelaskan atau membedakan penerapan kaidah-kaidah khusus, juga berkenaan dengan prinsip-prinsip hukum internasional dan pertimbangan-pertimbangan yang mendasari keputusan-keputusannya terdahulu, karena istilah keputusan (*decision*) dalam pasal 59 hanya mengandung makna dari operatif dari keputusan mahkamah, yang berbeda dengan dasar-dasar pertimbangan keputusan tersebut; dan dalam praktek pada umumnya mahkamah mengikuti garis atau rangkaian keputusan dan opininya yang terdahulu yang secara konsisten memiliki kecenderungan yang sama, walaupun tidak setiap saat mahkamah bermaksud mengikatkan diri dengan suatu doktrin preseden yudisial yang dinyatakan secara tegas.⁷²

Disamping itu, meski keputusan pengadilan tidak mempunyai kekuatan mengikat, keputusan pengadilan internasional terutama PCIJ, ICJ, Mahkamah Arbitrase Permanen (*Permanent Court of Arbitration*) mempunyai pengaruh besar dalam perkembangan hukum internasional.

D. Perjanjian Kepailitan Lintas Negara

1. Pengertian dan Bentuk

Perjanjian Kepailitan Lintas Negara merupakan perjanjian yang bertujuan untuk memfasilitasi kerjasama lintas negara dan koordinasi

⁷² J.G.Starke. *op.cit.*, hlm.57-58.

berbagai proses persidangan kepailitan di negara-negara yang berbeda terkait debitor yang sama. Biasanya perjanjian ini dibuat untuk membantu manajemen proses kepailitan dan bertujuan untuk menciptakan harmonisasi prosedural ketimbang isu substantif antar yurisdiksi yang berlaku (walaupun dalam situasi tertentu, isu substantif juga dibahas). Bentuk (tertulis atau tidak tertulis) dan ruang lingkupnya (umum hingga khusus) bervariasi dan dapat melibatkan pihak-pihak yang berbeda.⁷³ Perjanjian sederhana yang umum dapat menegaskan kebutuhan akan kerjasama diantara para pihak tanpa menyebutkan isu spesifik. Sementara perjanjian khusus, secara lebih rinci membentuk kerangka prinsip untuk mengatur beragam proses kepailitan dan dapat disetujui oleh pengadilan yang terlibat.

Meskipun berbeda bentuk, keduanya bertujuan untuk mengatur masalah yang serupa dan hampir selalu bermaksud untuk mengikat para pihak yang terlibat di dalamnya. Perjanjian ini sering kali disebut sebagai “*protocols*” (protokol) walaupun beberapa istilah lainnya masih digunakan seperti “*insolvency administration contract*” (kontrak administrasi kepailitan), “*cooperation and compromise agreement*” (perjanjian kerjasama dan kompromi) dan “*memorandum of understanding*” (nota kesepahaman).⁷⁴

⁷³ Bob Wessels, *Cross Border Insolvency Agreements: What Are They and Are They Here To Stay?*, 2012, hlm.1

⁷⁴ UNCITRAL *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation*, New York: United Nations, 2010, hlm.28, para.4-5

2. Tujuan

Biasanya, perjanjian ini dirancang untuk mengatasi isu-isu spesifik dari sebuah kasus dan kebutuhan para pihak yang terlibat. Perjanjian ini dirancang untuk memfasilitasi perkembangan kerangka dari prinsip umum untuk mengatasi isu administrasi dasar yang lahir dari proses kepailitan lintas batas dan bersifat internasional, misalnya⁷⁵:

- a. Untuk mempromosikan kepastian dan efisiensi para pihak;
- b. Untuk membantu memperjelas harapan para pihak;
- c. Untuk mengurangi perselisihan dan mempromosikan resolusi yang efektif ketika terjadi perselisihan;
- d. Untuk membantu mencegah masalah yurisdiksi;
- e. Untuk memfasilitasi restrukturisasi;
- f. Untuk membantu penghematan biaya dengan menghindari duplikasi usaha dan kompetisi terhadap aset serta menghindari penundaan yang tidak perlu;
- g. Untuk mempromosikan rasa saling menghormati terhadap independensi dan integritas pengadilan serta menghindari masalah yurisdiksi;
- h. Untuk mempromosikan kerjasama dan pemahaman internasional diantara para hakim yang mengawasi proses kepailitan dan diantara para perwakilan kepailitan (kurator) dari proses tersebut;
- i. Untuk berkontribusi dalam memaksimalkan nilai harta kekayaan.

⁷⁵ *ibid*, hlm.29, para.8

3. Pihak

Sangat sering negosiasi perjanjian kepailitan lintas batas diprakarsai oleh pihak dalam persidangan, termasuk praktisi kepailitan atau perwakilan kepailitan dan, dalam beberapa kasus, debitor (termasuk debitor dalam kepemilikan), atau dengan saran dan dorongan pengadilan; beberapa pengadilan telah secara eksplisit mendorong para pihak untuk menegosiasikan kesepakatan dan meminta persetujuan pengadilan. Keterlibatan awal pengadilan, dalam beberapa kasus, dapat menjadi faktor kunci dalam keberhasilan perjanjian.

Biasanya, pihak-pihak yang melakukan perjanjian bervariasi tergantung pada hukum yang berlaku dan apa yang diizinkan, misalnya, sehubungan dengan kekuasaan perwakilan kepailitan, pengadilan dan pihak lain dalam kepentingan. Seringkali, para pihak merupakan perwakilan kepailitan/kurator, kadang-kadang debitor (biasanya debitor dalam kepemilikan), dan mungkin juga melibatkan komite kreditor atau, dalam satu atau dua kasus yang ada, kreditor individu, seperti pemberi pinjaman utama. Kesepakatan yang dibuat antara pengadilan jarang terjadi, meskipun di beberapa wilayah hukum ini dimungkinkan. Namun, negosiasi antara para pihak dalam kasus lintas negara sering didampingi oleh pengadilan dan mereka dapat memberikan dorongan untuk mencapai kesepakatan.

Beberapa perjanjian tertulis yang ditandatangani oleh para pihak yang membuat perjanjian; sementara yang lainnya tidak. Meskipun tanda tangan

mencerminkan kesepakatan yang dicapai oleh para pihak, dalam prakteknya banyak perjanjian tertulis yang dianggap efektif dengan persetujuan pengadilan yang merupakan perintah pengadilan. Beberapa perjanjian mengharuskan tanda tangan salinan rekan, yang masing-masing harus dianggap asli dan sama-sama otentik, dan diperoleh dengan beberapa cara termasuk dengan tanda tangan faksimili, yang dapat dianggap asli.⁷⁶

4. Format

Tidak ada format yang baku untuk perjanjian kepailitan. Baik perjanjian lisan dan tertulis telah digunakan dalam praktek, meskipun perjanjian lisan tampaknya sangat jarang digunakan pada praktek yang ada.⁷⁷

E. *United Nations Commission in International Trade Law (UNCITRAL)*

1. Pembentukan

Komisi Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) tentang Hukum Perdagangan Internasional (UNCITRAL), didirikan oleh Majelis Umum PBB melalui Resolusi 2205 (XXI) pada 17 Desember 1966. UNCITRAL memiliki peran penting dalam mengembangkan kerangka kerja yang sesuai dengan mandatnya untuk memajukan harmonisasi progresif dan

⁷⁶ *ibid*, hlm.32, para.15-17

⁷⁷ *ibid*, hlm.35, para.24

modernisasi hukum perdagangan internasional⁷⁸ dengan menyiapkan dan mempromosikan penggunaan dan adopsi instrumen legislatif dan non-legislatif di sejumlah bidang utama hukum komersial. Area tersebut meliputi penyelesaian sengketa, praktek kontrak internasional, transportasi, kepailitan, perdagangan elektronik, pembayaran internasional, transaksi aman, pengadaan dan penjualan barang.⁷⁹

2. Tugas dan Mandat

Adapun mandat dari UNCITRAL dilakukan melalui:

- a. Koordinasi kerja organisasi yang aktif di bidang ini dan mendorong kerjasama di antara mereka;
- b. Mempromosikan partisipasi yang lebih luas dalam terhadap konvensi internasional yang ada dan penerimaan yang lebih luas atas model dan seragam hukum yang ada;
- c. Mempersiapkan atau mempromosikan adopsi konvensi internasional baru, Model hukum dan hukum yang seragam serta mempromosikan kodifikasi dan penerimaan yang lebih luas dari istilah perdagangan internasional, ketentuan, adat istiadat dan praktek, bekerja sama, bila sesuai, dengan organisasi yang beroperasi di bidang ini;

⁷⁸ *The report of the Secretary-General, Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, A/6396 (1966); lihat juga The report of the Fifth Committee of the General Assembly at its twenty first session, Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, A/6594 (1966); lihat juga The relevant summary records of the proceedings of the Sixth Committee, which are contained in The Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, Sixth Committee, 947th-955th meetings (A/C.6/SR.947-955).*

⁷⁹ UNCITRAL, *A Guide To UNCITRAL: Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, hlm.1.

- d. Mempromosikan cara dan sarana untuk memastikan interpretasi yang seragam dan penerapan konvensi internasional dan hukum yang seragam di bidang hukum perdagangan internasional;
- e. Mengumpulkan dan menyebarkan informasi tentang undang-undang nasional dan perkembangan hukum modern, termasuk kasus hukum, di bidang hukum perdagangan internasional;
- f. Membangun dan memelihara kerjasama erat dengan Konferensi PBB mengenai Perdagangan dan Pembangunan;
- g. Menjaga hubungan dengan organ-organ PBB lainnya dan badan-badan khusus berkaitan dengan perdagangan internasional; dan
- h. Mengambil tindakan lain yang dianggap berguna untuk memenuhi fungsinya.⁸⁰

3. Keanggotaan

Anggota UNCITRAL dipilih dari antara Negara anggota PBB dan mewakili tradisi hukum yang berbeda dan tingkat pembangunan ekonomi. Keanggotaan asli terdiri 29 Negara. Kemudian diperluas oleh Majelis Umum PBB di 1973⁸¹ menjadi 36 Negara dan di tahun 2002⁸² menjadi 60 Negara termasuk Indonesia.⁸³

4. Produk-Produk⁸⁴

- a. Produk Legislatif

⁸⁰ UNCITRAL, *A guide to UNCITRAL*, hlm.1-2; lihat juga *General Assembly Resolution 2205 (XXI)*, sect. II, para. 8.

⁸¹ General Assembly resolution 3108 (XXVIII), para. 8.

⁸² General Assembly resolution 57/20, para. 2.

⁸³ UNCITRAL, *A guide to UNCITRAL*, hlm.2.

⁸⁴ *ibid*, hlm.13-20.

1) Conventions

Sebuah konvensi dirancang untuk menyatukan hukum dengan mendirikan kewajiban hukum yang mengikat. Untuk menjadi pihak konvensi, Negara diminta secara resmi untuk mendepositkan instrumen ratifikasi yang mengikat atau aksesori dengan penyimpanan (untuk konvensi yang disiapkan oleh UNCITRAL, Sekretaris Jenderal Perserikatan Bangsa-Bangsa). Berlakunya konvensi biasanya tergantung pada deposito dari jumlah minimum instrumen ratifikasi.

a) Model Law

Sebuah model hukum adalah teks legislatif yang dianjurkan kepada Negara untuk disahkan sebagai bagian dari hukum nasional mereka.

b) Legislative guides and recommendations

Dalam rangka memajukan tujuan harmonisasi, dan menawarkan model legislatif, prinsip-prinsip atau rekomendasi akan perlu melakukan lebih dari sekedar menyebutkan tujuan umum. Teks akan menyediakan satu set solusi legislatif untuk isu-isu tertentu, tetapi belum tentu satu set solusi model untuk isu-isu tersebut.

c) Model provisions

Ketika sejumlah konvensi berurusan dengan pertanyaan tertentu dengan cara yang mungkin memerlukan unifikasi dan

modernisasi, model provisions dapat dikembangkan dan direkomendasikan untuk digunakan dalam konvensi masa depan dan di revisi dari yang sudah ada.

d) Finalization and adoption of legislative texts

Setelah kelompok kerja telah menyiapkan draft teks konvensi, model law atau instrumen legislatif lainnya, hal ini disampaikan untuk pertimbangan UNCITRAL pada sesi tahunan. Jika sesuai, teks dapat disertai dengan komentar penjelasan yang disiapkan oleh sekretariat untuk membantu Komisi, Pemerintah dan organisasi internasional dalam pembahasan mereka.

b. Produk Kontraktual

Dalam penyusunan kontrak, ada masalah yang dapat diselesaikan dengan mengacu pada klausul standar atau seragam atau set klausa atau aturan. Proses standarisasi klausul ini atau aturan memiliki sejumlah keunggulan. Hal ini dapat mengidentifikasi semua masalah yang harus dibahas para pihak di klausa atau aturan tersebut; memastikan bahwa klausul tersebut efektif dan tidak (seperti yang kadang-kadang terjadi dalam kasus perjanjian arbitrase), tidak efektif atau tidak valid (patologis); dan memberikan pengakuan secara internasional dan solusi terbaru untuk masalah-masalah tertentu.

c. Produk Penjelasan

1) Legal Guides

Ketika itu tidak layak atau diperlukan untuk mengembangkan satu set standar atau model aturan kontrak, alternatifnya mungkin adalah panduan hukum memberikan penjelasan mengenai penyusunan kontrak. Fokus dari panduan hukum mungkin tidak secara eksklusif pada penyusunan kontrak, tetapi mungkin memiliki tujuan yang lebih luas membahas isu-isu yang juga akan menarik bagi legislator dan regulator.

2) *Practice and other information guides*

Panduan lain yang disusun untuk digunakan oleh para hakim dan praktisi hukum.

3) *Interpretative declarations*

Contoh lebih lanjut dari teks penjelasan adalah deklarasi yang dapat digunakan untuk mencapai keseragaman penafsiran dari teks tertentu, atau teks, di mana keinginan penafsiran yang ditentukan oleh perubahan luas dalam praktek komersial, perkembangan teknologi, muncul perbedaan penafsiran oleh pengadilan, atau beberapa faktor lain yang mempengaruhi penerapan teks. Instrumen seperti ini mungkin sangat berguna dalam kasus konvensi, di mana perubahan teks mungkin menimbulkan masalah teknis yang signifikan.

F. UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency

a. Hakikat

UNCITRAL *Model Law on Cross Border Insolvency* diadopsi di tahun 1997, dirancang untuk membantu negara-negara melengkapi hukum kepailitan mereka dengan kerangka yang modern, selaras dan adil dalam menghadapi kasus kepailitan lintas negara terkait debitor yang memiliki masalah finansial dan pailit, secara lebih efisien. *Model law* menghormati perbedaan prosedur hukum nasional dan tidak mencoba melakukan unifikasi substantif hukum kepailitan, melainkan ia menyediakan kerangka kerjasama antar yurisdiksi, menawarkan solusi sederhana yang dapat membantu menyelesaikan masalah kepailitan lintas negara secara lebih efisien dan mempromosikan pendekatan yang seragam terhadap kepailitan lintas negara. Solusi tersebut meliputi⁸⁵:

- a. Memberikan akses menuju pengadilan di negara tersebut kepada perwakilan asing, sehingga memungkinkan mereka untuk mencari bantuan, dan mengizinkan pengadilan di negara tersebut untuk memutuskan koordinasi antar yurisdiksi manakah yang tepat dan patut diberikan untuk optimalisasi penyelesaian masalah kepailitan tersebut;
- b. Menentukan kapan suatu persidangan asing dapat diberikan pengakuan dan apa dampak dari pemberian pengakuan tersebut;

⁸⁵ UNCITRAL *Guide to Enactment and Interpretation of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, hlm.19-20, para 1-3

- c. Memberikan aturan yang transparan terhadap hak kreditor untuk memulai atau berpartisipasi di dalam persidangan kepailitan di negara tersebut;
- d. Mengizinkan pengadilan di negara tersebut untuk bekerjasama secara lebih efektif dengan pengadilan dan perwakilan asing yang terlibat dalam masalah kepailitan;
- e. Memberikan hak pada pengadilan di negara tersebut untuk dan pihak-pihak di negara tersebut yang mengalami masalah kepailitan untuk mencari bantuan di negara asing;
- f. Memberikan yurisdiksi pada pengadilan dan menetapkan aturan koordinasi ketika persidangan kepailitan di negara tersebut berlangsung di waktu yang sama dengan persidangan asing di negara lain; dan
- g. Menetapkan aturan koordinasi pemberian bantuan di negara tersebut untuk membantu dua atau lebih persidangan kepailitan yang dilaksanakan di negara asing yang berbeda terkait debitor yang sama.

b. Tujuan

Adapun tujuan dibentuknya *UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency*, yaitu⁸⁶:

- 1. Kerjasama diantara pengadilan dan badan otoritas yang lain seperti negara dan negara sing yang terlibat dalam kasus kepailitan lintas negara;

⁸⁶ UNCITRAL Model Law on International Insolvency, *Preamble*

2. Menciptakan kepastian hukum dalam bidang perdagangan dan investasi;
3. Menciptakan administrasi yang adil dan efisien terhadap kepailitan lintas negara yang melindungi kepentingan semua kreditor dan pihak-pihak terkait, termasuk debitor;
4. Memberikan proteksi dan memaksimalkan nilai-nilai asset pihak debitor;
5. Memberikan fasilitas penyelamatan terhadap bisnis dengan masalah keuangan, dengan begitu dapat melindungi investasi dan menjaga tenaga kerja.

c. Ruang Lingkup

1. Hukum ini berlaku dimana:
 - a) Pemberian bantuan diberikan dalam negara ini oleh pengadilan asing atau kurator asing (*foreign representatives*) dalam hubungannya dengan persidangan asing (*foreign proceeding*);
 - b) Pemberian bantuan diberikan dalam negara ini dengan hubungannya dengan persidangan dibawah hukum nasional negara ini terkait kepailitan;
 - c) Persidangan asing dan persidangan di bawah hukum nasional negara ini terkait kepailitan dalam hal debitor yang sama dilaksanakan bersamaan;
 - d) Kreditor dan pihak lain yang berkepentingan di negara asing yang memiliki keinginan dalam meminta permulaan putusan pailit atau

berpartisipasi dalam, persidangan yang sesuai dengan hukum nasional negara ini terkait kepailitan.

2. Hukum ini tidak berlaku terhadap (hal-hal yang bertentangan entitas seperti bank dan perusahaan asuransi, yang menjadi subjek dan tunduk pada regim hukum kepailitan khusus dalam negara ini dan negara hendak mengecualikannya)

d. Definisi-Definisi di dalam *Model Law*

1. *Foreign Proceeding*, yaitu kumpulan persidangan hukum dan administratif, termasuk persidangan sementara berdasarkan hukum terkait hukum kepailitan yang memproses asset dan hubungan atas debitor yang menjadi subjek dan dibawa control dan pengawasan pengadilan asing, dengan tujuan reorganisasi dan likuidasi;
2. *Foreign Main Proceeding*, yaitu persidangan asing yang bertempat di negara dimana debitor menempatkan pusat dari asset dan harta kekayaannya;
3. *Foreign Non-Main Proceeding*, yaitu persidangan asing, selain persidangan asing utama, bertempat dimana debitor menempatkan asetnya sebagaimana dimaksud pada bagian f pasal ini;
4. *Foreign Representative*, yaitu orang atau badan, termasuk yang hanya ditunjuk untuk sementara waktu, diakui oleh persidangan asing untuk melakukan proses administrasi reorganisasi ataupun likuidasi asset dan hubungan debitor atau untuk bertindak sebagai perwakilan dalam persidangan asing;

5. *Foreign Court*, yaitu lembaga hukum atau otoritas yang berkompeten untuk mengontrol dan mengawasi persidangan asing;
6. *Establishment*, yaitu tempat dimana debitor menjalankan aktivitas ekonominya yang bersifat tidak tetap dalam bidang jasa perdagangan barang.

e. Istilah-Istilah Lainnya

1. *Assets of Debtor* (aset debitor): property, hak dan kepentingan debitor, termasuk hak dan kepentingannya terhadap property tersebut, baik itu dalam atau tidak dalam penguasaan debitor, berwujud atau tidak berwujud, bergerak atau tidak bergerak, termasuk aset debitor terhadap aset yang terbebani atau aset milik pihak ketiga;
2. *Avoidance Provisions* (ketentuan penghindaran): ketentuan hukum kepailitan yang memperbolehkan transaksi untuk mentransfer aset atau mengambil alih tanggung jawab terhadap persidangan kepailitan untuk dibatalkan, atau dinyatakan tidak efektif, dan segala aset yang ditransfer atau nilai-nilainya untuk dipulihkan atas kepentingan kolektif kreditor;
3. *Centre of Main Interests* (Titik Pusat Aset): tempat dimana debitor menjalankan/mengelola asetnya secara teratur sehingga dapat dipastikan oleh pihak ketiga;
4. *Claim (klaim)*: hak atas pembayaran dari harta kekayaan debitor, baik yang timbul karena utang-piutang, kontrak perjanjian atau

jenis-jenis kewajiban hukum lainnya baik itu terlikuidasi atau tidak, jatuh tempo atau belum, dipersengketakan atau tidak, terlindungi (aman) atau tidak, pasti ataupun bersyarat;

5. *Commencement of Proceeding* (Permulaan Persidangan): tanggal efektif berlangsungnya proses persidangan kepailitan baik ditentukan oleh Undang-Undang ataupun keputusan pengadilan;
6. *Court* (Pengadilan): Otoritas Yudisial atau badan lainnya yang memiliki kompetensi dalam mengontrol dan mengawasi persidangan kepailitan;
7. *Creditor* (Kreditor): orang secara alamiah, atau badan hukum yang memiliki klaim terhadap debitor yang muncul pada atau sebelum proses persidangan kepailitan;
8. *Creditor Committee* (Panitia Kreditor): badan perwakilan kreditor yang ditunjuk berdasarkan hukum kepailitan, memiliki peranan konsultative dan lainnya sebagaimana ditentukan dalam hukum kepailitan;
9. *Cross-border Insolvency Agreement* (Perjanjian Kepailitan Lintas Negara): perjanjian tertulis maupun tidak tertulis yang bertujuan untuk memfasilitasi koordinasi diantara persidangan kepailitan lintas negara dan kerjasama antar pengadilan, antara pengadilan dengan perwakilan kepailitan (kurator) dan antar perwakilan-perwakilan kepailitan (kurator-kurator); terkadang juga melibatkan pihak-pihak yang terkait;

10. *Debtor in Possession* (Debitor dalam Pemilikan): debitor dalam proses reorganisasi, yang menguasai control penuh terhadap bisnis, dengan konsekuensi pengadilan tidak menunjuk perwakilan (kurator);
11. *Deferral* (Penundaan): ketika suatu pengadilan menerima batasan tanggung jawabnya sehubungan dengan isu-isu tertentu, termasuk contohnya kemampuan untuk mendengarkan berbagai masalah dan mengeluarkan beberapa perintah, dalam mendukung pengadilan lain;
12. *Establishment* (Pendirian): tempat operasi dimana debitor menjalankan aktivitas ekonomi tetapnya dengan manusia lainnya dan barang atau jasa;
13. *Insolvency* (Kepailitan): situasi ketika debitor tidak mampu membayar utangnya ketika jatuh tempo atau ketika tanggung jawabnya melebihi jumlah aset yang dimilikinya;
14. *Insolvency Estate* (Harta Pailit): seluruh aset debitor yang menjadi subjek dalam persidangan kepailitan;
15. *Insolvency Proceeding* (Persidangan Kepailitan): proses persidangan kolektif, tunduk pada pengawasan pengadilan, baik itu likuidasi ataupun reorganisasi;
16. *Insolvency Representative* (Perwakilan Kepailitan / Kurator): orang atau badan hukum, termasuk di dalamnya yang ditunjuk sementara,

berwenang dalam proses persidangan kepailitan untuk mengelola harta kekayaan reorganisasi ataupun likuidasi;

17. *Main Proceeding* (Persidangan Utama): proses persidangan kepailitan yang berlangsung di negara pusat aset debitor berada;
18. *Non-main Proceeding* (Persidangan Non-Utama): proses persidangan kepailitan yang berlangsung di negara dimana debitor memiliki aset (non-utama);
19. *Ordinary Course of Business* (Transaksi Bisnis): transaksi yang konsisten bahwa (i) operasi bisnis debitor sebelum proses persidangan kepailitan; dan (ii) istilah bisnis biasa;
20. *Party in Interest* (Pihak-Pihak Terkait): pihak manapun yang memiliki hak, kewajiban, atau kepentingan yang dipengaruhi oleh proses kepailitan, atau hal-hal tertentu dalam kepailitan, termasuk debitor, perwakilan kepailitan (kurator), kreditor, pemegang saham, panitia kreditor, otoritas pemerintah, atau pihak-pihak terkait lainnya. Hal ini tidak berarti bahwa pihak yang memiliki pengaruh sangat kecil oleh proses kepailitan juga digolongkan sebagai pihak terkait;
21. *Priority* (Prioritas): hak klaim yang berada pada posisi yang lebih tinggi dibandingkan klaim yang lainnya yang timbul karena hukum;
22. *Reorganization* (Reorganisasi): proses dimana kondisi finansial dan kelangsungan bisnis debitor dapat dipulihkan dan dioperasikan kembali, melalui beberapa cara, misalnya melalui pembebasan

utang, penjadwalan kembali jadwal pembayaran utang, konversi utang, dan penjualan bisnis (sebagian) secara berkelanjutan;

23. *Reorganization Plan* (Rencana Reorganisasi): rencana dimana kondisi finansial dan kelangsungan bisnis debitor dapat dipulihkan dan dioperasikan kembali;

24. *Stay of Proceeding* (Penangguhan Proses): alat ukur untuk mencegah proses persidangan atau menunda kelanjutan tindakan judicial, administrative atau tindakan individu lainnya terkait aset, hak, kewajiban atau tanggung jawab kreditor, termasuk tindakan untuk memberi pengamanan efektif aset terhadap pihak ketiga atau untuk menegakkan kepentingan keamanan; dan mencegah eksekusi terhadap aset harta pailit, pemutusan kontrak dengan debitor, dan transfer, pembebanan atau penghapusan seluruh aset atau hak atas harta pailit.

BAB III

METODE PENELITIAN

A. Lokasi Penelitian

Dalam penyelesaian penelitian ini, penulis memilih tiga lokasi penelitian, yaitu:

1. Kantor Advokat dan Kurator Nico Simen dan Titi Slamet.
2. Perpustakaan Fakultas Hukum Universitas Hasanuddin.
3. Perpustakaan Pusat Universitas Hasanuddin.

B. Jenis dan Sumber Data

1. Jenis Data

Jenis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder. Data yang diperoleh dari para ahli hukum maupun akademisi baik yang didapatkan dari konvensi, buku-buku, hasil penelitian, jurnal ilmiah, maupun publikasi resmi. Data ini kemudian digunakan sebagai data pendukung dalam menganalisis pengaturan hukum internasional mengenai kepailitan lintas negara.

2. Sumber Data

Adapun data yang akan menjadi sumber yang digunakan penulis dalam penelitian ini adalah:

- a. Konvensi-konvensi internasional yang berhubungan dengan judul skripsi ini.
- b. Buku-buku yang berhubungan dengan judul skripsi ini.

- c. Literatur-literatur lain yang berhubungan dengan judul skripsi ini. Seperti, jurnal, hasil penelitian, maupun sumber informasi lainnya baik dalam bentuk *hard copy* maupun *soft copy* yang didapatkan secara langsung maupun hasil penelusuran dari internet.

C. Teknik Pengumpulan Data

Pengumpulan data dalam penelitian ini dilakukan melalui teknik studi literatur (*literature research*), yang ditujukan untuk memperoleh bahan-bahan dan informasi-informasi sekunder yang diperlukan dan relevan dengan penelitian, yang bersumber dari konvensi-konvensi, buku-buku, media pemberitaan, jurnal, serta sumber-sumber informasi lainnya seperti data yang terdokumentasikan melalui situs-situs internet yang relevan.

Teknik pengumpulan data ini digunakan untuk memperoleh informasi ilmiah mengenai tinjauan pustaka, pembahasan teori, dan konsep yang relevan dalam penelitian ini, yaitu pengaturan hukum internasional terhadap kepailitan lintas negara terutama pengaturan yang tertuang di dalam *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* dan kedudukan *UNCITRAL Model Law* di dalam instrument hukum internasional.

D. Analisis Data

Penelitian ini adalah penelitian normatif, penulis menggunakan bahan-bahan yang diperoleh dari tinjauan kepustakaan yang bersumber dari buku-buku dan literatur-literatur lain yang berhubungan dengan judul penelitian ini. Data yang diperoleh penulis akan dianalisis secara deskriptif analisis.

BAB IV

PEMBAHASAN

A. Pengaturan Hukum Internasional Terhadap Hukum Kepailitan Lintas Negara

Dalam hukum internasional, kepailitan lintas negara diatur didalam dua instrument hukum. Secara multilateral, UNCITRAL mengatur hal tersebut melalui *Model Law on Cross-Border Insolvency*. Sementara secara lebih spesifik, kepailitan lintas negara juga dapat diatur melalui Perjanjian Kepailitan Lintas Negara (*Cross Border Insolvency Agreement*).

1. *UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*

Sebagaimana dijelaskan pada bab tinjauan pustaka, *Model Law on Cross-Border Insolvency* merupakan salah satu produk dari UNCITRAL yang dibuat untuk menciptakan kerangka hukum bagi negara-negara dalam mengatur kepailitan lintas negara. Adapun hal-hal yang terkait dengan pengaturan kepailitan lintas negara berdasarkan *UNCITRAL Model Law* yaitu:

a. Titik Pusat Aset (*Centre of Main Interest*)

Konsep titik pusat aset ditafsirkan sebagai tempat di mana debitor melakukan administrasi kepentingannya secara teratur dan karena itu dapat diketahui oleh pihak ketiga. Penggunaan istilah ‘aset’ bermakna lebih luas tidak hanya mencakup kegiatan komersial, industri, atau aktivitas profesional, namun termasuk kegiatan ekonomi secara

umum (misalnya konsumen). Penggunaan kata ‘titik pusat’ memudahkan ketika aset ataupun aktivitas ekonomi debitor terdiri dari berbagai bentuk yang tersebar di beberapa titik.⁸⁷

Pada prinsipnya, titik pusat aset bertempat di tempat domisili badan hukum tersebut atau tempat tinggal individu tersebut (debitor). Hukum Internasional meyakini bahwa pusat aset perusahaan atau badan hukum ialah tempat terdaftar dan teregistrasi secara resmi nya kantor usahanya tersebut atau dikenal dengan istilah kantor pusat (*head office*), kecuali terbukti sebaliknya.

Terdapat beberapa faktor untuk menentukan titik pusat aset, diantaranya:

1. Lokasi kantor pusat debitor;
2. Lokasi pemegang saham atau pihak yang menjalankan perusahaan debitor;
3. Lokasi aset utama debitor;
4. Lokasi mayoritas kreditor, atau setidaknya pihak yang terlibat kasus ini;
5. Hukum yang berlaku dalam kaitannya dengan sengketa yang mungkin timbul antara debitor dan kreditor.

b. Elemen-Elemen Persidangan Asing (*Foreign Proceedings*)

Elemen-Elemen Persidangan Asing (*Foreign Proceedings*) dalam Kepailitan yaitu:⁸⁸

⁸⁷ Christopher J. Redmond, *The Model Law on Cross Border Insolvency*, hlm.2

- 1) Merupakan keputusan kolektif atau persidangan administrasi (*Collective judicial or administrative proceeding*);
- 2) Sesuai dengan hukum kepailitan (*Pursuant to a law relating to insolvency*);
- 3) Merupakan subjek yang berada di bawah kontrol atau pengawasan oleh Pengadilan asing (*Subject to control or supervision by a foreign court*);
- 4) Untuk tujuan likuidasi atau reorganisasi (*For the purpose of liquidation or reorganization*)

c. Prinsip di dalam *Model Law*

Terdapat empat prinsip di dalam *Model Law on Cross Border Insolvency*, yaitu:⁸⁹

(1) Prinsip Akses (*The Access Principle*)

Prinsip ini menciptakan keadaan dimana perwakilan asing/kurator (*foreign representatives*) memiliki hak untuk mengakses pengadilan (pengadilan penerima) di negara terkait dimana pengakuan dan bantuan diperlukan.⁹⁰ Prinsip ini memiliki ruang lingkup, diantaranya:

- (a) Untuk memulai persidangan kepailitan di bawah hukum negara terkait (negara penerima yang mengadopsi model law);

⁸⁸ *ibid*, hlm.25

⁸⁹ UNCITRAL: *Model Law on Cross-Border Insolvency: The Judicial Perspective*, hlm.5-6

⁹⁰ UNCITRAL: *Model Law on Cross-Border Insolvency*, Pasal.9

(b) Pengakuan terhadap persidangan asing (*foreign proceeding*) di negara penerima, sehingga perwakilan asing (*foreign representative*), dapat:

1. Berpartisipasi dalam persidangan kepailitan yang sedang berlangsung di negara penerima;
2. Mengaplikasikan bantuan dibawah *model law*;
3. Dalam hal hukum domestik mengizinkan, untuk menginterfensi proses persidangan dimana debitor merupakan pihak yang berkepentingan.

(2) Prinsip Pengakuan (*The Recognition Principle*)

Berdasarkan prinsip ini, pengadilan dapat membuat perintah untuk mengakui suatu persidangan asing sebagai persidangan asing utama (*foreign main proceeding*) ataupun bukan persidangan asing utama (*non-main proceeding*).⁹¹ Tujuan utama dari prinsip ini adalah untuk menghindari proses persidangan yang terlalu panjang dan menyita waktu dengan cara memberikan resolusi cepat untuk aplikasi permohonan pengakuan. Hal ini membawa kepastian hukum dan memberikan kesempatan kepada pengadilan penerima, setelah pengakuan diberikan, untuk menyelesaikan perkara dengan manajemen waktu yang singkat.

⁹¹ *ibid*, Pasal.17

Namun, untuk memperoleh pengakuan atas persidangan asing (*foreign proceeding*), ada beberapa hal yang harus dipenuhi dan dilengkapi, diantaranya:

- a) Perwakilan asing (*foreign representative*) dapat mengajukan aplikasi kepada pengadilan atas permohonan pengakuan atas persidangan asing (*foreign proceeding*) dimana ia telah ditunjuk sebagai foreign representative.
- b) Aplikasi untuk permohonan pengakuan harus dilengkapi dengan:
 - a) Fotokopi putusan yang mengadakan persidangan asing dan menunjuk perwakilan asing, telah dilegalisir; atau
 - b) Sertifikat dari pengadilan asing yang mengakui eksistensi dari persidangan asing dan penunjukan perwakilan asing; atau
 - c) Dalam hal tidak terpenuhinya bukti yang disebutkan dalam sub a dan b, maka bukti apapun terkait pengakuan persidangan asing dan penunjukkan perwakilan asing dapat diterima
- c) Aplikasi untuk permohonan pengakuan harus dilengkapi dengan pernyataan yang mengidentifikasi semua persidangan asing terkait hubungannya dengan debitor yang diketahui oleh perwakilan asing;

- d) Pengadilan dapat mensyaratkan terjemahan dari dokumen-dokumen pendukung aplikasi permohonan pengakuan, ke dalam bahasa resmi negara penerima.⁹²

(3) Prinsip Bantuan (*The Relief Principle*)

Terdapat tiga jenis bantuan yang tersedia, yaitu:

- a) Bantuan sementara (*interim/urgent relief*), dapat diberikan kapan saja setelah aplikasi permohonan pengakuan atas persidangan asing telah diberikan⁹³

Sejak waktu pengajuan aplikasi permohonan pengakuan persidangan asing sampai aplikasi permohonan diputuskan, atas permintaan dari perwakilan asing, dimana bantuan sangat dibutuhkan untuk melindungi aset debitor ataupun kepentingan kreditor, dapat diberikan bantuan sementara, meliputi:

- 1) Menunda eksekusi terhadap aset debitor;
- 2) Mempercayakan administrasi atau realisasi seluruh aset debitor yang berlokasi di negara ini kepada perwakilan asing atau pihak lain yang ditentukan pengadilan, untuk melindungi dan menjaga nilai dari aset tersebut, menurut sifatnya ataupun karena situasi tertentu, adalah mudah rusak, rentan terhadap devaluasi ataupun dalam bahaya.

⁹² *ibid*, Pasal.15

⁹³ *ibid*, Pasal.19

- b) Bantuan otomatis (*automatic relief*), merupakan konsekuensi nyata atas pengakuan persidangan asing sebagai *foreign main proceeding*⁹⁴

Setelah pengakuan persidangan asing sebagai persidangan asing utama:

- 1) Permulaan atau kelanjutan tindakan atau persidangan individual terkait aset, hak, kewajiban atau tanggung jawab debitor tetap melekat;
- 2) Menangguhkan eksekusi aset debitor;
- 3) Hak untuk mentransfer, membebani atau melepaskan aset debitor ditangguhkan.

- c) Bantuan diskresioner (*discretionary relief*) sebagai konsekuensi atas pengakuan persidangan asing baik itu *main proceeding* ataupun *non-main proceeding*⁹⁵

Setelah pengakuan persidangan asing, baik itu persidangan asing utama atau non-utama, dimana diperlukan untuk melindungi aset debitor atau kepentingan kreditor, pengadilan dapat, atas permintaan perwakilan asing, memberikan bantuan yang tepat, meliputi:⁹⁶

- 1) Menangguhkan dimulainya dan kelanjutan dari tindakan atau persidangan individu terkait aset, hak, kewajiban atau

⁹⁴ *ibid*, Pasal.20

⁹⁵ *ibid*, Pasal.21

⁹⁶ *ibid*

tanggung jawab debitor yang belum ditangguhkan sesuai dengan pasal 20 ayat 1 (a);

- 2) Menangguhkan eksekusi terhadap aset debitor yang belum ditangguhkan sesuai dengan pasal 20 ayat 1 (b);
- 3) Menunda hak mentransfer, membebani atau melepaskan aset debitor yang belum ditunda sesuai dengan pasal 20 ayat 1 (c);
- 4) Menyediakan pemeriksaan saksi, pangambilan bukti atau penyampaian informasi terkait aset, hubungan, hak, kewajiban atau tanggung jawab debitor;
- 5) Mempercayakan administrasi atau realisasi seluruh aset debitor yang berlokasi di negara ini kepada perwakilan asing atau pihak lain yang ditentukan pengadilan;
- 6) Memperpanjang pemberian bantuan sesuai dengan pasal 19 ayat 1;
- 7) Memberikan bantuan tambahan lainnya sesuai dengan aturan hukum negara yang bersangkutan.

(4) Prinsip Kerjasama dan Koordinasi (*The Cooperation and Coordination Principle*)

Prinsip ini memberikan kewajiban kepada kedua belah pihak pengadilan dan perwakilan kepailitan di negara yang berbeda untuk berkomunikasi dan bekerjasama secara maksimal, untuk menjamin bahwa setiap aset harta kekayaan debitor terdaftar

administrasi secara adil dan efisien dengan maksud untuk menjaga kepentingan kreditor.⁹⁷ Adapun bentuk dari kerjasamanya, diantaranya:

- a) Penunjukan orang atau badan untuk bertindak atas perintah pengadilan;
- b) Komunikasi informasi dengan segala maksud yang dianggap layak oleh pengadilan;
- c) Koordinasi administrasi dan pengawasan aset dan hubungan debitor;
- d) Penerimaan atau implementasi oleh pengadilan dengan persetujuan mengenai koordinasi persidangan;
- e) Koordinasi persidangan konkuren terhadap debitor yang sama;⁹⁸

Selain daripada kerjasama yang tertuang di dalam *model law*, kerjasama juga dapat dicapai dengan perjanjian kepailitan lintas negara dimana negara-negara terkait merupakan negara anggota yang terikat terhadapnya dan semua perwakilan yang ditunjuk oleh pengadilan bekerjasama untuk mengkoordinasikan isu persidangan kepailitan.⁹⁹

Prinsip-prinsip tersebut dibuat dengan tujuan:

- a) Untuk memenuhi kebutuhan akan kepastian hukum dalam bidang perdagangan dan investasi;

⁹⁷ *ibid*, Pasal.20

⁹⁸ *ibid*, Pasal.27

⁹⁹ UNCITRAL: Model Law on Cross-Border Insolvency: *The Judicial Perspective*, hlm.70 para.201

- b) Untuk memenuhi kebutuhan akan manajemen persidangan kepailitan internasional yang adil dan efisien terhadap kepentingan kreditor dan semua pihak terkait yang berkepentingan termasuk debitor;
- c) Untuk memberikan perlindungan dan memaksimalkan nilai dari aset debitor yang nantinya akan didistribusikan kepada para kreditor, baik itu dengan cara reorganisasi maupun likuidasi;
- d) Untuk mencapai tujuan dan memenuhi kebutuhan pengadilan dan badan otoritas terkait untuk berkomunikasi dan bekerjasama dalam menangani kasus kepailitan lintas negara di beberapa negara berbeda;
- e) Untuk memberikan fasilitas penyelamatan terhadap bisnis dengan masalah keuangan, dengan begitu dapat melindungi investasi dan menjaga tenaga kerja.

d. Peninjauan Kembali atau Pembatalan Pemberian Pengakuan

Pengadilan penerima (*the receiving court*) dimungkinkan untuk melakukan peninjauan kembali atas putusannya terhadap pengakuan persidangan asing baik sebagai persidangan asing utama ataupun non-utama, ketika kelak diketahui bahwa alasan pemberian pengakuan tersebut telah berubah sebagian atau sepenuhnya. Adapun beberapa

keadaan yang memungkinkan diadakannya modifikasi atau penghentian pemberian pengakuan, yaitu:¹⁰⁰

- (1) Apabila putusan persidangan asing yang memperoleh pengakuan telah dicabut;
- (2) Apabila perintah atas persidangan asing tersebut dibatalkan pada tingkat banding oleh pengadilan tinggi di negara tersebut¹⁰¹;
- (3) Jika sifat utama proses persidangan asing tersebut telah berubah, proses reorganisasi berubah menjadi proses likuidasi, atau status perwakilan asing/ kurator berubah;
- (4) Jika muncul fakta-fakta baru yang mengharuskan atau membenarkan perubahan terhadap putusan pengadilan, misalnya jika perwakilan asing/kurator melanggar ketentuan yang menjadi dasar pemberian bantuan.¹⁰²

e. Fleksibilitas *Model Law*

Dalam menggabungkan naskah *model law* ke dalam sistem hukum yang ada, negara dapat memodifikasi atau tidak mengambil sebagian ketentuan yang ada di dalamnya. Berbeda halnya dengan konvensi dimana kemungkinan untuk mengubah naskah (atau dikenal dengan istilah reservasi) cenderung lebih sulit dan ketat. Bahkan pada beberapa konvensi terkait hukum perdagangan reservasi sangat dibatasi bahkan tidak jarang dilarang.

¹⁰⁰ *ibid*, hlm.20 para.57

¹⁰¹ Gerova Financial Group, Ltd. (In re) (dikenal dengan istilah *Gerova Case*) 482 B.R. 86 (Bankr. S.D.N.Y. 2012)

¹⁰² UNCITRAL Guide to Enactment and Interpretation, para.164-166

Fleksibilitas yang melekat pada *model law* dibutuhkan pada beberapa kasus dimana negara ingin melakukan beberapa modifikasi terhadap *model law* tersebut sebelum diintegrasikan dengan hukum nasional yang ada. Beberapa modifikasi cenderung dilakukan pada bagian terkait pengadilan nasional dan sistem prosedural. Namun karena fleksibilitas yang dimiliki oleh *model law* ini, tingkat kepastian dan harmonisasi yang dicapai tentunya lebih rendah dibandingkan konvensi. Oleh karenanya, agar tujuan harmonisasi dan kepastian hukum dapat dicapai dengan baik, UNCITRAL merekomendasikan dalam mengintegrasikan *model law* ke dalam hukum nasional agar membuat perubahan terhadap *model law* tersebut seminimal mungkin.¹⁰³

f. Pengintegrasian *Model Law* ke dalam Hukum Nasional

Dengan ruang lingkup yang terbatas terhadap beberapa aspek prosedural kasus kepailitan, *Model Law* diharapkan untuk menjadi bagian kesatuan dari hukum kepailitan nasional yang ada. Hal ini diwujudkan dalam beberapa cara¹⁰⁴:

- (1) Jumlah terminologi hukum baru yang ditambahkan ke dalam hukum yang ada adalah terbatas. Istilah hukum baru secara spesifik terkait dengan kepailitan lintas negara, seperti “*foreign proceeding*” (persidangan asing) dan “*foreign representative*” (perwakilan asing). Istilah yang digunakan dalam *model law* nampaknya tidak bertentangan dengan istilah yang ada. Namun ungkapan di berbagai

¹⁰³ *ibid*, hlm. 25, para.20

¹⁰⁴ *ibid*, hlm. 25, para.21

negara kadang kala berbeda, sehingga *Model Law* memberi fleksibilitas terhadap penggunaan istilah tertentu dengan mencetak miring beberapa istilah atau aturan yang ditaruh di dalam kurung persegi yang bermakna bahwa negara-negara boleh memodifikasi ungkapan tersebut sesuai dengan kebutuhan dan hukum yang berlaku di negara yang bersangkutan;

- (2) *Model Law* memberikan kesempatan kepada negara yang bersangkutan untuk menyesuaikan bantuan yang lahir dari pengakuan terhadap persidangan asing dengan bantuan yang tersedia di bawah hukum nasional negara yang bersangkutan (pasal 20);
- (3) Pengakuan terhadap persidangan asing tidak menghalangi kreditor lokal untuk menginisiasi atau melanjutkan persidangan kepailitan kolektif di negara tersebut (pasal 28);
- (4) Bantuan yang dapat diberikan kepada negara asing adalah untuk melindungi kreditor lokal dan pihak terkait, termasuk melindungi debitor dari praduga yang tak semestinya; bantuan juga bertujuan untuk memenuhi persyaratan prosedural negara yang bersangkutan dan terhadap persyaratan pemberitahuan (pasal 22 dan pasal 19 ayat 2);
- (5) *Model Law* menjaga kemungkinan untuk mengecualikan atau membatasi tindakan dalam mendukung persidangan asing termasuk pengakuan terhadap persidangan atas dasar pertimbangan kebijakan

publik, walaupun diharapkan bahwa pengecualian kebijakan publik seminimal mungkin digunakan (pasal 6);

(6) *Model Law* merupakan bentuk fleksibel produk legislasi yang mempertimbangkan pendekatan yang berbeda dalam setiap hukum kepailitan nasional dan kecenderungan negara-negara yang berbeda dalam membangun kerjasama dan koordinasi terkait masalah kepailitan (pasal 25-27).

g. Daftar Negara Pengadopsi

UNCITRAL *Model Law on Cross Border Insolvency* telah diadopsi oleh beberapa negara yaitu:¹⁰⁵

Negara	Tahun
Australia	2008
Benin	2015
Burkina Faso	2015
Cameroon	2015
Canada	2015
Central African Republic	2015
Chad	2015
Chile	2013
Colombia	2006
Comoros	2015
Congo	2015

¹⁰⁵http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html

Cote d'Ivoire	2015
Democratic Republic of The Congo	2015
Equatorial Guinea	2015
Gabon	2015
Greece	2010
Guinea	2015
Guinea-Bissau	2015
Japan	2000
Kenya	2015
Malawi	2015
Mali	2015
Mauritius	2009
Mexico	2000
Montenegro	2002
New Zealand	2006
Niger	2015
Phillipines	2010
Poland	2003
Republic of Korea	2006
Romania	2002
Senegal	2015
Serbia	2004

Seychelles	2013
Slovenia	2007
South Africa	2000
Togo	2015
Uganda	2011
United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland	
- British Virgin Islands	2003
- Great Britain	2006
United States of America	2005
Vanuatu	2013

2. Perjanjian Kepailitan Lintas Negara (*Cross-Border Insolvency Agreement*)

Perjanjian kepailitan lintas negara hanya dapat mencakup prinsip-prinsip umum tentang bagaimana kerjasama dan koordinasi harus dilakukan, atau dapat juga menangani masalah-masalah tertentu seperti penangguhan, prosedur penyelesaian klaim dan prosedur untuk komunikasi antara pengadilan, tergantung pada kebutuhan dari kasus tertentu dan masalah yang akan diselesaikan.

Biasanya, perjanjian kepailitan lintas negara membahas hal-hal terkait:

- a. Alokasi tanggung jawab untuk berbagai aspek dari perilaku dan administrasi persidangan antara pengadilan yang berbeda yang terlibat dan antara perwakilan kepailitan, termasuk pembatasan wewenang untuk bertindak tanpa persetujuan dari pengadilan lain atau perwakilan kepailitan;
- b. Ketersediaan dan koordinasi bantuan;
- c. Koordinasi pemulihan aset untuk kepentingan kreditor pada umumnya;
- d. Pengajuan dan perlakuan terhadap klaim;
- e. Penggunaan dan penjualan aset;
- f. Metode komunikasi, termasuk bahasa, frekuensi dan makna;
- g. Penyediaan pemberitahuan;
- h. Koordinasi dan harmonisasi rencana reorganisasi;
- i. Masalah yang khusus berkaitan dengan perjanjian, termasuk amandemen dan terminasi, interpretasi, efektivitas dan penyelesaian sengketa;
- j. Administrasi persidangan, khususnya sehubungan dengan penundaan/pelanjutan proses atau kesepakatan antara para pihak untuk tidak mengambil tindakan hukum tertentu;
- k. Pilihan hukum yang berlaku;
- l. Alokasi tanggung jawab antara pihak dalam perjanjian;
- m. Beban dan biaya;
- n. Hak untuk berpartisipasi dalam pengadilan yang terlibat;

o. Pengamanan.

Perjanjian kepailitan lintas negara juga dapat membahas hal-hal seperti komposisi dewan direksi; tindakan dewan yang dapat mengambil dan prosedur yang harus diikuti; hubungan pemegang saham / manajemen dan pemegang saham / dewan; dan pengelolaan arus informasi.¹⁰⁶

Terdapat situasi-situasi yang mendukung penggunaan Perjanjian Kepailitan Lintas Negara, diantaranya tapi tidak terbatas pada¹⁰⁷:

- a. Proses persidangan kepailitan lintas negara dengan sejumlah elemen internasional seperti adanya aset yang signifikan yang terletak di beberapa wilayah hukum yang berbeda;
- b. Struktur debitor yang kompleks (misalnya sebuah kelompok perusahaan dengan banyak anak perusahaan) atau jalinan operasi debitor yang kompleks;
- c. Perbedaan sistem prosedur kepailitan di negara-negara yang terlibat, misalnya reorganisasi dengan penggantian manajemen oleh perwakilan kepailitan/kurator dalam satu forum dan debitor dalam kepemilikannya terhadap kombinasi likuidasi, reorganisasi dan jenis prosedur lainnya;
- d. Kecukupan aset untuk menutupi biaya penyusunan perjanjian;
- e. Ketersediaan waktu untuk negosiasi. Perjanjian kepailitan tidak selalu menjadi pilihan dikarenakan mereka memerlukan waktu

¹⁰⁶ *ibid*, hlm.36, para.27-29

¹⁰⁷ *ibid*, hlm.30, para.10

untuk negosiasi. Hal ini mungkin akan bermasalah ketika tindakan mendesak diperlukan;

- f. Kesamaan substantif hukum kepailitan;
- g. Ketidakpastian hukum mengenai resolusi pilihan hukum atau pilihan forum yang akan digunakan;
- h. Kehadiran sistem manajemen kas yang menyediakan deposit kas ke dalam akun yang terpusat dan pembagian kas diantara anggota dalam kelompok internasional perusahaan;
- i. Hubungan kerja dari perwakilan insolvensi/kurator yang ditunjuk untuk proses kepailitan yang berbeda dengan perusahaan internasional yang sama.

Perjanjian kepailitan dapat dimaksudkan untuk memiliki efek mengikat bagi para pihak ataupun hanya untuk membentuk kerangka kerjasama yang tidak dimaksudkan untuk berkekuatan hukum tetap atau memaksakan kewajiban bagi para pihak. Perjanjian kepailitan juga dapat memasukkan berbagai ketentuan diantaranya dapat menunjukkan maksud untuk memiliki kekuatan hukum dan mengikat para pihak dan beberapa yang lain mungkin saja hanya berbentuk pernyataan itikad baik (*good faith*).¹⁰⁸

Pengamanan di dalam perjanjian kepailitan lintas negara terbagi atas dua, yaitu ketentuan pengamanan yang harus selalu dicantumkan di dalam perjanjian dan ketentuan pengamanan yang dapat

¹⁰⁸ *ibid*, hlm.38, para.31-33

dicantumkan di dalam perjanjian. Ketentuan engamanan yang harus dicantumkan berkaitan dengan kepastian bahwa tidak ada pengurangan/derogasi dari otoritas pengadilan dan kebijakan publik. Sementara ketentuan pengamanan yang dapat dincantumkan terkait keterbukaan terhadap pihak-pihak yang berkepentingan, perlindungan hak pihak ketiga yang tidak menandatangani perjanjian dan kemampuan untuk mengembalikan kepada pengadilan jika terjadi persengketaan.¹⁰⁹

B. Analisa Penerapan UNCITRAL *Model Law on Cross Border Insolvency* dalam Kasus Kepailitan *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd*

1. Kasus Posisi

Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd., and Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Enhanced Leverage Master Fund, Ltd. (secara kolektif disebut "dana luar negeri"), keduanya berlokasi di Kepulauan Cayman dan terdaftar sebagai Perseroan Terbatas berkantor di Kepulauan Cayman. Dana luar negeri diinvestasikan dalam berbagai jenis surat berharga, termasuk beragam aset dan sekuritas berbasis hipotek. Sebuah perusahaan Massachusetts memberikan dana luar negeri dan menjaga serta menyimpan buku dan catatan dana luar negeri di Delaware. Manajer investasi dana luar

¹⁰⁹ *ibid*, hlm.40 para.34-36

negerinya merupakan sebuah perusahaan New York, dan, sebelum pengajuan Bab 15, sebagian besar aset dari dana luar negeri juga terletak di New York.

Pada bulan Mei 2007, akibat krisis kredit perumahan yang mengakibatkan ketidakstabilan di pasar kredit Amerika Serikat, terjadi penurunan yang signifikan dalam nilai portofolio aset dana luar negeri. Yang mengakibatkan tuntutan margin dana luar negeri tidak bisa terpenuhi, dan menunjukkan kegagalan dana. Sebagian besar rekanan pemberi dana luar negeri kemudian menggunakan hak mereka untuk merebut dan/atau menjual aset dana Amerika Serikat yang menjadi subjek perjanjian pembelian kembali atau digunakan sebagai jaminan.

Pada tanggal 30 Juli 2007, dewan direksi atas dana luar negeri memberikan izin untuk mengajukan petisi untuk likuidasi di bawah hukum perusahaan Kepulauan Cayman' perusahaan hukum di bawah pengawasan Pengadilan Cayman (*Cayman Grand Court*). Pengadilan Cayman kemudian menunjuk likuidator untuk mengurus dana luar negeri tersebut.

Likuidator, sebagai perwakilan asing, kemudian mengajukan petisi atas Bab 15 di Pengadilan Kepailitan Amerika Serikat untuk Distrik New York bagian Selatan. Likuidator meminta pengakuan atas proses likuidasi Kepulauan Cayman sebagai proses persidangan utama (*main foreign proceeding*) ataupun non-utama (*non-main proceeding*). Tidak ada yang

menentang petisi atas Bab 15 tersebut ataupun petisi yang likuidator ajukan atas pengakuan proses likuidasi Kepulauan Cayman.¹¹⁰

2. Dasar Hukum

Bab 15 dari UU Kepailitan Amerika Serikat (*US Bankruptcy Code*) merupakan bagian dari UU Pencegahan Penyalahgunaan Kepailitan Perlindungan Konsumen tahun 2005. Bab 15 mengadopsi sebagian besar *UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency*. Bab ini berisi aturan dan prosedur terkait perwakilan/kurator dari debitor asing, seperti likuidator atau penerima, dapat memanfaatkan untuk memfasilitasi suatu proses kepailitan asing, termasuk melindungi aset debitor asing dan bisnis di Amerika Serikat dari tindakan penegakan hukum kreditur dan memperoleh bantuan dari pengadilan Amerika Serikat.

UU ini secara luas mendefinisikan "proses persidangan asing" sebagai berikut: suatu proses hukum atau administratif yang kolektif di negara asing, termasuk proses persidangan sementara, di bawah undang-undang yang berkaitan dengan kepailitan atau penyesuaian utang dimana memproses aset dan kekayaan debitor yang berada di bawah kontrol atau pengawasan oleh pengadilan asing, dengan tujuan reorganisasi ataupun likuidasi.¹¹¹ Persidangan asing (*foreign proceeding*) juga dikelompokkan menjadi dua seperti halnya dalam *UNCITRAL Model Law* yaitu

¹¹⁰ Burce Nathan, Esq. dan Richard Corbi, *Overseas Bear Stearns Hedge Funds Denied Chapter 15 Relief*, Kolom Kredit dari National Association of Credit Management, The Publication for Credit and Finance Professionals, Edisi Juli-Agustus 2008

¹¹¹ *US Bankruptcy Code*, Pasal 101 Ayat 23

persidangan asing utama (*main foreign proceeding*) dan (*non-main proceeding*).

Disamping itu UU Kepailitan Amerika Serikat juga mendefinisikan perwakilan/kurator asing sebagai agen yang ditunjuk dalam persidangan asing untuk mengawasi reorganisasi atau likuidasi debitor asing dan mewakili debitor di pengadilan asing, seperti pengadilan Amerika Serikat.¹¹²

3. Putusan Pengadilan

1) Putusan Pengadilan Kepailitan (*Bankruptcy Court*)

Pengadilan Kepailitan Amerika Serikat untuk Distrik New York bagian Selatan, menolak permohonan pengakuan terhadap proses likuidasi Kepulauan Cayman baik sebagai proses persidangan utama (*main foreign proceeding*) ataupun non-utama (*non-main proceeding*). Pihak likuidator pun mengajukan banding atas putusan tersebut.

2) Putusan Pengadilan Negeri (*District Court*)

Pengadilan Negeri juga menguatkan penolakan Pengadilan Kepailitan atas permohonan pengakuan proses likuidasi Kepulauan Cayman baik sebagai proses persidangan utama (*main foreign proceeding*) ataupun non-utama (*non-main proceeding*).

Pengadilan Negeri mengemukakan bahwa Pengadilan Kepailitan telah tepat dalam memutuskan bahwa prinsip penghormatan (*principle*

¹¹² *ibid*, Pasal 101 Ayat 24

of comity) tidak terpenuhi di dalam analisis sebuah pengakuan. Pengadilan Negeri menolak argument likuidator bahwa pengakuan hanya dapat ditolak dalam situasi tertentu karena Bab 15 UU Kepailitan Amerika Serikat dibuat untuk mempromosikan sikap penghormatan dan seharusnya diaplikasikan secara pragmatis dan bebas. Pengadilan Negeri menolak argumen likuidator terkait prinsip penghormatan karena terdapat beberapa aplikasi yang ketat terhadap objek kriteria yang harus dipenuhi sebelum prinsip penghormatan dapat diberlakukan.

Kedua, seorang perwakilan asing/kurator seharusnya tidak diberikan hak atau manfaat atas bab 15 termasuk pembebanan untuk tinggal demi melindungi aset debitor di Amerika Serikat dan akses terhadap pengadilan Amerika Serikat, jika debitor asing tidak memiliki pra-petisi kehadiran ekonomi yang cukup di negara tempat persidangan asing tertunda. Pada intinya, Pengadilan Kepailitan tidak seharusnya memberikan pengakuan terhadap suatu persidangan asing apabila debitor asing tersebut tidak memiliki pusat aset (*center of main interest*) ataupun pendirian aset (*establishment*) di negara tempat dilangsungkannya persidangan asing tersebut.

Pengadilan Negeri juga menekankan putusan Pengadilan Kepailitan yang menyatakan bahwa pusat aset dana luar negeri berada di New York, Amerika Serikat dan bukan di Kepulauan Cayman dimana kantor tersebut teregistrasi. Pengadilan Kepailitan meluruskan

bahwa anggapan hukum bahwa titik pusat aset pendanaan terletak di Kepulauan Cayman, tempat kantor teregistrasi dapat terbantahkan dengan bukti yang berlawanan bahkan tanpa adanya keberatan atas permohonan pengakuan tersebut.

Disamping itu, Pengadilan Negeri juga mengemukakan bahwa terdapat fakta yang cukup untuk menyangkal pengakuan atas proses likuidasi Kepulauan Cayman sebagai persidangan non-utama (*non-main proceeding*). Likuidator telah gagal membuktikan bahwa dana luar negeri memiliki tempat beroperasi yang dijalankan sebagai aktivitas ekonomi tetap (*nontransitory economic activity*) di Kepulauan Cayman. Fakta bahwa pihak ketiga telah melakukan kegiatan audit dan mempersiapkan dokumen perusahaan untuk dana luar negeri di Kepulauan Cayman tidak memenuhi klasifikasi sebagai "operasi" atau "kegiatan ekonomi" dengan dana yang akan membuktikan bahwa mereka telah menjalankan suatu usaha di Kepulauan Cayman yang kemudian menjadi syarat untuk mendapat pengakuan sebagai persidangan asing non-utama (*non-main foreign proceeding*). Selain itu, dana luar negeri tidak memiliki aset di Kepulauan Cayman ketika likuidator telah mengajukan petisi terhadap Bab 15.

Tidak ada banding yang diajukan atas putusan Pengadilan Negeri terhadap penguatan penolakan pengakuan terhadap proses likuidasi Kepulauan Cayman.

4. Analisa Kasus

Putusan dari Pengadilan Kepailitan dan Pengadilan Negeri Amerika Serikat terkait kasus kepailitan *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd* yang menolak pemberian pengakuan terhadap proses persidangan likuidasi asing (*foreign proceeding*) baik sebagai persidangan asing utama ataupun non-utama sudah sesuai dengan UNCITRAL *Model Law on Cross Border Insolvency*. UNCITRAL *Model Law* di dalam pasal 2 (b) dan (c) mengemukakan bahwa untuk dapat dikatakan sebagai persidangan asing utama, persidangan asing tersebut haruslah dilakukan pada wilayah yurisdiksi tempat pusat aset (*center of main interest*) terletak, sementara untuk dapat dikatakan sebagai persidangan asing non-utama, persidangan asing tersebut haruslah dilakukan pada wilayah yurisdiksi dimana debitor memiliki penempatan aset/ aktivitas ekonomi tetap (*establishment*). Pada faktanya titik pusat aset ataupun aktivitas ekonomi tetap tidak ditemukan di Kepulauan Cayman, tempat kantor perusahaan tersebut terdaftar, melainkan kedua hal tersebut terletak di Amerika Serikat.

Pengadilan Amerika Serikat menerapkan prinsip penghormatan dalam menentukan untuk memberikan pengakuan dan menegakkan putusan pengadilan asing. Pada kasus *Hilton v. Guyot* di tahun 1895 dalam putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat menyatakan bahwa:

“Pengadilan Amerika Serikat harus menegakkan keadilan dan tidak perlu mengulang proses persidangan asing dari awal jika putusan pengadilan asing tersebut telah memenuhi: persidangan yang penuh dan adil dibawah yurisdiksi pengadilan yang

berkompeten, melakukan proses persidangan atas persidangan atau kasus biasa setelah pegajuan gugatan atau penyerahan diri secara sukarela dari tergugat/terdakwa dan di bawah sistem yurisdiksi yang memberikan keamanan dan keadilan diantara warga negaranya maupun warga negara asing, dan tidak ada yang menunjukkan prasangka buruk atas pengadilan ataupun sistem hukum dimana putusan tersebut berasal.”

Namun prinsip penghormatan ini tidak dapat diterapkan karena objek utama dari permohonan pegakuan yang disyaratkan tidaklah terpenuhi. Tidak terpenuhinya objek utama dari permohonan membuat pengadilan tidak dapat memberikan pengakuan terhadap persidangan kepailitan asing tersebut.

BAB V

PENUTUP

A. Kesimpulan

Berdasarkan pemaparan hasil penelitian dan pembahasan, adapun kesimpulan yang dapat diambil, yaitu:

1. Dalam menangani kasus kepailitan lintas negara, terdapat dua prinsip yaitu prinsip universalisme dan teritorialisme. Pengaturan Hukum Internasional terhadap kepailitan lintas negara diatur di dalam *UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency* serta dapat diatur secara bebas oleh para pihak melalui Perjanjian Kepailitan Lintas Negara (*Cross-Border Insolvency Agreement*). *UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency* menekankan pada empat aspek yaitu: (1) akses; (2) pengakuan; (3) bantuan; dan (4) kerjasama dan koordinasi. *Model law* tersebut tidak membatasi yurisdiksi atau kedaulatan suatu negara terhadap suatu kasus kepailitan melainkan *Model Law* ini lebih bertujuan untuk memberikan keseragaman aturan dalam penerimaan putusan persidangan kepailitan asing (*foreign proceeding*) di suatu negara. *Model Law* juga bersifat lebih fleksibel dan terbuka jika dibandingkan dengan konvensi, karena *Model Law* memberikan kesempatan kepada negara-negara pengadopsi untuk memodifikasi isi aturan tersebut sesuai dengan kebutuhan dan hukum nasional masing-masing negara. Sementara Perjanjian Kepailitan Lintas Negara lebih cenderung lebih spesifik dan disusun berdasarkan kesepakatan para pihak yang terlibat dalam suatu kasus kepailitan lintas

negara untuk mempermudah penyelesaian kasus tersebut terutama ketika negara yang terlibat tidak memiliki aturan yang sama terkait dengan kepailitan lintas negara.

2. Penerapan *UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency* di dalam kasus kepailitan *Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd* menunjukkan bahwa untuk mendapatkan suatu pengakuan terhadap persidangan asing maka syarat objektif haruslah dipenuhi. Suatu persidangan kepailitan asing barulah bisa mendapatkan pengakuan sebagai persidangan asing ketika persidangan kepailitan tersebut dilakukan di bawah yurisdiksi negara tempat terletak pusat aset debitor (*center of main interest*) ataupun di bawah yurisdiksi negara terdapatnya penempatan aset/ kegiatan ekonomi tetap debitor (*establishment*).

B. Saran

Adapun saran yang penulis ajukan dalam skripsi ini, yaitu:

1. Dengan posisi Indonesia yang tidak mengadopsi *UNCITRAL Model Law on Cross Border Insolvency* di dalam Hukum Kepailitannya dalam hal ini UU No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, maka sulit untuk Indonesia membuka diri terhadap pasar global dan investor asing mengingat hukum kepailitan kita masih cenderung tidak adil dan menyulitkan pihak asing dalam memperoleh pengakuan atas persidangan kepailitan asing mereka. Maka penulis

menyarankan agar Indonesia memperbaiki UU Kepailitan yang dimiliki sehingga bersifat lebih universal dan membuka diri terhadap pasar global. Kekhawatiran Indonesia akan terganggunya kedaulatan dan yurisdiksi hukum Indonesia ketika kita menerapkan UNCITRAL *Model Law* perlu ditinjau dan dipertimbangkan kembali, mengingat *Model Law* tersebut tidaklah mencabut kedaulatan dan yurisdiksi suatu negara penerima atas proses kepailitan melainkan hanya bertujuan untuk mengefisienkan pengakuan terhadap persidang kepailitan asing, sementara prosedur dasar untuk pernyataan pailit tidaknya suatu individu atau badan hukum menjadi kedaulatan dan yurisdiksi negara yang bersangkutan.

2. Jikapun Indonesia masih merasa berat dalam menerapkan *Model Law* ini di dalam UU Kepailitan Nasionalnya, penulis menyarankan untuk membuat *Cross Border Insolvency Agreement* dengan tujuan agar mempermudah proses persidangan dan eksekusi kepailitan bagi para pihak di dalam perjanjian.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Aria Suyadi, Eryanto Nugroho, dan Herni Sri Nurbayanti, *Kepailitan di Negeri Pailit*, Jakarta: Pusat Studi Hukum & Kebijakan Indonesia, 2004
- Burce Nathan, Esq. dan Richard Corbi, *Overseas Bear Stearns Hedge Funds Denied Chapter 15 Relief*, Kolom Kredit dari National Association of Credit Management, The Publication for Credit and Finance Professionals, Edisi Juli-Agustus 2008
- Boer Mauna, Dr., *Hukum Internasional: Pengertian, Peranan dan Fungsi dalam Era Dinamika Global*, Bandung: Penerbit PT.Alumni, 2011
- Brian A.Blum, *Bankruptcy and Debtor/Creditor Examples and Explanations*, United States of America: Little Brown and Company, 1993
- Daniel Suryana, *Kepailitan Terhadap Badan Usaha Asing oleh Pengadilan Niaga Indonesia*, Bandung: Pustaka Sutra, 2007
- Emmy Yuhassarie (ed.), *Undang-Undang Kepailitan dan Perkembangannya*, Jakarta: Pusat Pengkajian Hukum, 2005
- Graveson, R.H., *Conflict of Laws – Private International Law*, Edisi Ketujuh, Sweet & Maxwell, London, 1974
- J.G.Starke, *Pengantar Hukum Internasional*, Edisi Kesepuluh, Jakarta: Sinar Grafika, 2004
- Jerry Hoff, *Indonesia Bankruptcy Law*, Jakarta: Tatanusa, 2004
- John D.Ashcroft & Janet E.Aschroft, *Law for Business*, Edisi Ke-17, United States of America: South Western Cengage Learning, 2011
- Karen Gross, *Failure and Forgiveness: Rebalancing The Bankruptcy System*, New Haven-Connecticut: Yale University Press, 1997
- M.Hadi Shubhan, *Hukum Kepailitan: Prinsip, Norma dan Praktik Peradilan*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2009
- Muhammad Ashri, *Hukum Perjanjian Internasional: Dari Pembentukan Hingga Akhir Berlakunya*, Arus Timur: 2012

Munir Fuady, *Hukum Pailit 1998 Dalam Teori dan Praktek*, Bandung: PT.Citra Adiya Bakti, 1999

Mutiara Hikmah, *Aspek-Aspek Hukum Perdata Internasional Dalam Perkara-Perkara Kepailitan*, Bandung: PT.Refika Aditama, 2014

Mochtar Kumaatmadja & Etty R.Agoes, *Pengantar Hukum Internasional*, Bandung: PT.Alumni, 2003

Ned Waxman, *Bankruptcy*, Gilbert Law Summaries, Chicago: Harcourt Brace Legal and Profesional Publication Inc, 1992

Philip R Wood, *Principles of International Insolvency*, London: Thomson sweet & Maxwell, 2007

Rachmadi Usman, *Dimensi Hukum Kepailitan di Indonesia*, Jakarta: PT.Gramedia Pustaka Utama, 2004

Robert L.Jordan, William D.Warren, Daniel J.Bussel, *Bankruptcy*, New York: Foundation Press, 1999

Siti Anisah, *Perlindungan Kepentingan Kreditor dan Debitor dalam Hukum Kepailitan Indonesia*, Yogyakarta: Total Media, 2008

Sudargo Gautama, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, Bina Cipta, 1977

_____, *Dasar-Dasar Hukum Perdata Internasional*, Buku Kesatu, Edisi Keempat, Bandung: Penerbit PT Citra Adiya Bakti, 2006

Sutan Remy Sjahdeini, *Hukum Kepailitan*, Grafiti: Jakarta, 2002

Jurnal dan Makalah

Andrew Keay, *The Director's Duty to Take into Account the Interest of Company Creditors: When is it triggered?* 25 Melb. U.L. Rev.315, Agustus 2000

Arindra Maharany, Skripsi: *Tinjauan Hukum Terhadap Penerapan Instrumen Hukum Internasional Dalam Pengaturan Kepailitan Lintas Batas Di Indonesia, Singapura, Malaysia, Thailand, Korea Selatan, Dan Jepang*, Universitas Indonesia: 2011

Donald S Bernstein, Timothy Graulich, Damon P Meyer and Robert Stewart, *The Internaional Insolvency Law*, Chapter 1: *Recognition and Comity in Cross-Border Insolvency Proceedings*

Fernando Locatelli, *International Trade and Insolvency Law: Is the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency an Answer for Brazil? (An Economic Analysis of its Benefits on International Trade)*

Gilang Muhammad Santosa, *Skripsi: Keberlakuan Prinsip Kepailitan dalam Studi Kasus Kepailitan Manwani Santosh Tekchand Melawan OCBC Securities* (Universitas Indonesia, 2012)

John C. McCoid II, *The Occasion for Involuntary Bankruptcy*, 61 Am.Bankr.L.J. 195, 1987

John Purcell, *The Contrasting Approach of Law and Accounting to the Defining of Solvency and Associated Directors' Declaration*, 10 Insol.L.J. 192, 2002

Karen E. Blaney, *What Do You Mean My Partnership Has Been Petitioned into Bankruptcy?*, 19 Fordham Urb.Law Journal 833, 1992

M. Natasha Labovitz & Jessica I. Basil, *Corporate Restructuring and Bankruptcy: How Will New Chapter 15 Affect Multinational Restructurings?*, N.Y.L.J., July 11, 2005

Kamus

Hendry Campbell Black, *Black's Law Dictionary Fourth Edition*, St. Paul Minnesota: West Publishing Co., 1968

Hendry Campbell Black, *Black's Law Dictionary Fifth Edition*, St. Paul Minnesota: West Publishing Co., 1979

Jack P. Friedman, *Dictionary of Business Terms*. New York, USA: Barron's Educational Series, Inc., 1987

Konvensi dan Undang-Undang

United States of America (US) Bankruptcy Code

UU No.37 Tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang

UU No.24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional

UNCITRAL *Model Law on Cross-Border Insolvency*

UN Documents

The Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, Sixth Committee, 947th-955th meetings (A/C.6/SR.947-955)

The Report of the Secretary-General, Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, A/6396 (1966)

The Report of the Fifth Committee of the General Assembly at its twenty first session, Official Records of the General Assembly, Twenty-first Session, A/6594 (1966)

United Nations General Assembly resolution 2205 (XXI)

UNCITRAL, *A Guide To UNCITRAL: Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law* 2013

UNCITRAL: Model Law on Cross-Border Insolvency: *The Judicial Perspective* 2014

UNCITRAL *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation* 2010

Vienna Convention on The Law of Treaties 1969

Website

http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency/1997Model_status.html

LAMPIRAN

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency

PREAMBLE

The purpose of this Law is to provide effective mechanisms for dealing with cases of cross-border insolvency so as to promote the objectives of:

- (a) Cooperation between the courts and other competent authorities of this State and foreign States involved in cases of cross-border insolvency;
- (b) Greater legal certainty for trade and investment;
- (c) Fair and efficient administration of cross-border insolvencies that protects the interests of all creditors and other interested persons, including the debtor;
- (d) Protection and maximization of the value of the debtor's assets; and
- (e) Facilitation of the rescue of financially troubled businesses, thereby protecting investment and preserving employment.

CHAPTER I. GENERAL PROVISIONS

Article 1. Scope of application

1. This Law applies where:

- (a) Assistance is sought in this State by a foreign court or a foreign representative in connection with a foreign proceeding; or
- (b) Assistance is sought in a foreign State in connection with a proceeding under [*identify laws of the enacting State relating to insolvency*]; or
- (c) A foreign proceeding and a proceeding under [*identify laws of the enacting State relating to insolvency*] in respect of the same debtor are taking place concurrently; or

(d) Creditors or other interested persons in a foreign State have an interest in requesting the commencement of, or participating in, a proceeding under [*identify laws of the enacting State relating to insolvency*].

2. This Law does not apply to a proceeding concerning [*designate any types of entities, such as banks or insurance companies, that are subject to a special insolvency regime in this State and that this State wishes to exclude from this Law*].

Article 2. Definitions

For the purposes of this Law:

(a) “Foreign proceeding” means a collective judicial or administrative proceeding in a foreign State, including an interim proceeding, pursuant to a law relating to insolvency in which proceeding the assets and affairs of the debtor are subject to control or supervision by a foreign court, for the purpose of reorganization or liquidation;

(b) “Foreign main proceeding” means a foreign proceeding taking place in the State where the debtor has the centre of its main interests;

(c) “Foreign non-main proceeding” means a foreign proceeding, other than a foreign main proceeding, taking place in a State where the debtor has an establishment within the meaning of subparagraph (f) of this article;

(d) “Foreign representative” means a person or body, including one appointed on an interim basis, authorized in a foreign proceeding to administer the reorganization or the liquidation of the debtor’s assets or affairs or to act as a representative of the foreign proceeding;

(e) “Foreign court” means a judicial or other authority competent to control or supervise a foreign proceeding;

(f) “Establishment” means any place of operations where the debtor carries out a non-transitory economic activity with human means and goods or services.

Article 3. International obligations of this State

To the extent that this Law conflicts with an obligation of this State arising out of any treaty or other form of agreement to which it is a party with one or more other States, the requirements of the treaty or agreement prevail.

Article 4. [Competent court or authority]^a

The functions referred to in this Law relating to recognition of foreign proceedings and cooperation with foreign courts shall be performed by *[specify the court, courts, authority or authorities competent to perform those functions in the enacting State]*.

Article 5. Authorization of [insert the title of the person or body administering reorganization or liquidation under the law of the enacting State] to act in a foreign State

A *[insert the title of the person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]* is authorized to act in a foreign State on behalf of a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]*, as permitted by the applicable foreign law.

Article 6. Public policy exception

Nothing in this Law prevents the court from refusing to take an action governed by this Law if the action would be manifestly contrary to the public policy of this State.

Article 7. Additional assistance under other laws

Nothing in this Law limits the power of a court or a *[insert the title of the person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]* to provide additional assistance to a foreign representative under other laws of this State.

Article 8. Interpretation

In the interpretation of this Law, regard is to be had to its international origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith.

^aA state where certain functions relating to insolvency proceedings have been conferred upon government-appointed officials of bodies might wish to include in article 4 or elsewhere in chapter I the following provision:

Nothing in this Law affects the provisions in force in the State governing the authority of *[insert the title of the government-appointed person or body]*.

CHAPTER II. ACCESS OF FOREIGN REPRESENTATIVES AND CREDITORS TO COURTS IN THIS STATE

Article 9. Right of direct access

A foreign representative is entitled to apply directly to a court in this State.

Article 10. Limited jurisdiction

The sole fact that an application pursuant to this Law is made to a court in this State by a foreign representative does not subject the foreign representative or the foreign assets and affairs of the debtor to the jurisdiction of the courts of this State for any purpose other than the application.

Article 11. Application by a foreign representative to commence a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency]

A foreign representative is entitled to apply to commence a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]* if the conditions for commencing such a proceeding are otherwise met.

Article 12. Participation of a foreign representative in a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency]

Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative is entitled to participate in a proceeding regarding the debtor under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]*.

Article 13. Access of foreign creditors to a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency]

1. Subject to paragraph 2 of this article, foreign creditors have the same rights regarding the commencement of, and participation in, a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]* as creditors in this State.

2. Paragraph 1 of this article does not affect the ranking of claims in a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to*

insolvency], except that the claims of foreign creditors shall not be ranked lower than *[identify the class of general non-preference claims, while providing that a foreign claim is to be ranked lower than the general non-preference claims if an equivalent local claim (e.g. claim for a penalty or deferred-payment claim) has a rank lower than the general non-preference claims]*.^b

Article 14. Notification to foreign creditors of a proceeding under
[identify laws of the enacting State relating to insolvency]

1. Whenever under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]* notification is to be given to creditors in this State, such notification shall also be given to the known creditors that do not have addresses in this State. The court may order that appropriate steps be taken with a view to notifying any creditor whose address is not yet known.

2. Such notification shall be made to the foreign creditors individually, unless the court considers that, under the circumstances, some other form of notification would be more appropriate. No letters rogatory or other, similar formality is required.

3. When a notification of commencement of a proceeding is to be given to foreign creditors, the notification shall:

(a) Indicate a reasonable time period for filing claims and specify the place for their filing;

(b) Indicate whether secured creditors need to file their secured claims; and

(c) Contain any other information required to be included in such a notification to creditors pursuant to the law of this State and the orders of the court.

^bThe enacting State may wish to consider the following alternative wording to replace paragraph 2 of article 13:

“2. Paragraph 1 of this article does not affect the ranking of claims in a proceeding under *[identify laws of the enacting State relating to insolvency]* or the exclusion of foreign tax and social security claims from such a proceeding. Nevertheless, the claims of foreign creditors other than those concerning tax and social security obligations shall not be ranked lower than *[identify the class of general non-preference claims, while providing that a foreign claim is to be ranked lower than the general non-preference claims if an equivalent local claim (e.g. claim for a penalty or deferred-payment claim) has a rank lower than the general non-preference claims]*.”

CHAPTER III. RECOGNITION OF A FOREIGN PROCEEDING AND RELIEF

Article 15. Application for recognition of a foreign proceeding

1. A foreign representative may apply to the court for recognition of the foreign proceeding in which the foreign representative has been appointed.

2. An application for recognition shall be accompanied by:

(a) A certified copy of the decision commencing the foreign proceeding and appointing the foreign representative; or

(b) A certificate from the foreign court affirming the existence of the foreign proceeding and of the appointment of the foreign representative; or

(c) In the absence of evidence referred to in subparagraphs (a) and (b), any other evidence acceptable to the court of the existence of the foreign proceeding and of the appointment of the foreign representative.

3. An application for recognition shall also be accompanied by a statement identifying all foreign proceedings in respect of the debtor that are known to the foreign representative.

4. The court may require a translation of documents supplied in support of the application for recognition into an official language of this State.

Article 16. Presumptions concerning recognition

1. If the decision or certificate referred to in paragraph 2 of article 15 indicates that the foreign proceeding is a proceeding within the meaning of subparagraph (a) of article 2 and that the foreign representative is a person or body within the meaning of subparagraph (d) of article 2, the court is entitled to so presume.

2. The court is entitled to presume that documents submitted in support of the application for recognition are authentic, whether or not they have been legalized.

3. In the absence of proof to the contrary, the debtor's registered office, or habitual residence in the case of an individual, is presumed to be the centre of the debtor's main interests.

Article 17. Decision to recognize a foreign proceeding

1. Subject to article 6, a foreign proceeding shall be recognized if:
 - (a) The foreign proceeding is a proceeding within the meaning of subparagraph (a) of article 2;
 - (b) The foreign representative applying for recognition is a person or body within the meaning of subparagraph (d) of article 2;
 - (c) The application meets the requirements of paragraph 2 of article 15; and
 - (d) The application has been submitted to the court referred to in article 4.
2. The foreign proceeding shall be recognized:
 - (a) As a foreign main proceeding if it is taking place in the State where the debtor has the centre of its main interests; or
 - (b) As a foreign non-main proceeding if the debtor has an establishment within the meaning of subparagraph (f) of article 2 in the foreign State.
3. An application for recognition of a foreign proceeding shall be decided upon at the earliest possible time.
4. The provisions of articles 15, 16, 17 and 18 do not prevent modification or termination of recognition if it is shown that the grounds for granting it were fully or partially lacking or have ceased to exist.

Article 18. Subsequent information

From the time of filing the application for recognition of the foreign proceeding, the foreign representative shall inform the court promptly of:

- (a) Any substantial change in the status of the recognized foreign proceeding or the status of the foreign representative's appointment; and
- (b) Any other foreign proceeding regarding the same debtor that becomes known to the foreign representative.

Article 19. Relief that may be granted upon application for recognition of a foreign proceeding

1. From the time of filing an application for recognition until the application is decided upon, the court may, at the request of the foreign

representative, where relief is urgently needed to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, grant relief of a provisional nature, including:

(a) Staying execution against the debtor's assets;

(b) Entrusting the administration or realization of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court, in order to protect and preserve the value of assets that, by their nature or because of other circumstances, are perishable, susceptible to devaluation or otherwise in jeopardy;

(c) Any relief mentioned in paragraph 1 (c), (d) and (g) of article 21.

2. *[Insert provisions (or refer to provisions in force in the enacting State) relating to notice.]*

3. Unless extended under paragraph 1 (f) of article 21, the relief granted under this article terminates when the application for recognition is decided upon.

4. The court may refuse to grant relief under this article if such relief would interfere with the administration of a foreign main proceeding.

Article 20. Effects of recognition of a foreign main proceeding

1. Upon recognition of a foreign proceeding that is a foreign main proceeding:

(a) Commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor's assets, rights, obligations or liabilities is stayed;

(b) Execution against the debtor's assets is stayed; and

(c) The right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor is suspended.

2. The scope, and the modification or termination, of the stay and suspension referred to in paragraph 1 of this article are subject to *[refer to any provisions of law of the enacting State relating to insolvency that apply to exceptions, limitations, modifications or termination in respect of the stay and suspension referred to in paragraph 1 of this article]*.

3. Paragraph 1 (a) of this article does not affect the right to commence individual actions or proceedings to the extent necessary to preserve a claim against the debtor.

4. Paragraph 1 of this article does not affect the right to request the commencement of a proceeding under [*identify laws of the enacting State relating to insolvency*] or the right to file claims in such a proceeding.

*Article 21. Relief that may be granted upon
recognition of a foreign proceeding*

1. Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, where necessary to protect the assets of the debtor or the interests of the creditors, the court may, at the request of the foreign representative, grant any appropriate relief, including:

(a) Staying the commencement or continuation of individual actions or individual proceedings concerning the debtor's assets, rights, obligations or liabilities, to the extent they have not been stayed under paragraph 1 (a) of article 20;

(b) Staying execution against the debtor's assets to the extent it has not been stayed under paragraph 1 (b) of article 20;

(c) Suspending the right to transfer, encumber or otherwise dispose of any assets of the debtor to the extent this right has not been suspended under paragraph 1 (c) of article 20;

(d) Providing for the examination of witnesses, the taking of evidence or the delivery of information concerning the debtor's assets, affairs, rights, obligations or liabilities;

(e) Entrusting the administration or realization of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court;

(f) Extending relief granted under paragraph 1 of article 19;

(g) Granting any additional relief that may be available to [*insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State*] under the laws of this State.

2. Upon recognition of a foreign proceeding, whether main or non-main, the court may, at the request of the foreign representative, entrust the distribution of all or part of the debtor's assets located in this State to the foreign representative or another person designated by the court, provided that the court is satisfied that the interests of creditors in this State are adequately protected.

3. In granting relief under this article to a representative of a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the relief relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding or concerns information required in that proceeding.

Article 22. Protection of creditors and other interested persons

1. In granting or denying relief under article 19 or 21, or in modifying or terminating relief under paragraph 3 of this article, the court must be satisfied that the interests of the creditors and other interested persons, including the debtor, are adequately protected.

2. The court may subject relief granted under article 19 or 21 to conditions it considers appropriate.

3. The court may, at the request of the foreign representative or a person affected by relief granted under article 19 or 21, or at its own motion, modify or terminate such relief.

Article 23. Actions to avoid acts detrimental to creditors

1. Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative has standing to initiate [*refer to the types of actions to avoid or otherwise render ineffective acts detrimental to creditors that are available in this State to a person or body administering a reorganization or liquidation*].

2. When the foreign proceeding is a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the action relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding.

*Article 24. Intervention by a foreign representative
in proceedings in this State*

Upon recognition of a foreign proceeding, the foreign representative may, provided the requirements of the law of this State are met, intervene in any proceedings in which the debtor is a party.

CHAPTER IV. COOPERATION WITH FOREIGN COURTS AND FOREIGN REPRESENTATIVES

Article 25. Cooperation and direct communication between a court of this State and foreign courts or foreign representatives

1. In matters referred to in article 1, the court shall cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives, either directly or through a *[insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]*.

2. The court is entitled to communicate directly with, or to request information or assistance directly from, foreign courts or foreign representatives.

Article 26. Cooperation and direct communication between the [insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State] and foreign courts or foreign representatives

1. In matters referred to in article 1, a *[insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]* shall, in the exercise of its functions and subject to the supervision of the court, cooperate to the maximum extent possible with foreign courts or foreign representatives.

2. The *[insert the title of a person or body administering a reorganization or liquidation under the law of the enacting State]* is entitled, in the exercise of its functions and subject to the supervision of the court, to communicate directly with foreign courts or foreign representatives.

Article 27. Forms of cooperation

Cooperation referred to in articles 25 and 26 may be implemented by any appropriate means, including:

- (a) Appointment of a person or body to act at the direction of the court;
- (b) Communication of information by any means considered appropriate by the court;
- (c) Coordination of the administration and supervision of the debtor's assets and affairs;

- (d) Approval or implementation by courts of agreements concerning the coordination of proceedings;
- (e) Coordination of concurrent proceedings regarding the same debtor;
- (f) [*The enacting State may wish to list additional forms or examples of cooperation*].

CHAPTER V. CONCURRENT PROCEEDINGS

Article 28. Commencement of a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] after recognition of a foreign main proceeding

After recognition of a foreign main proceeding, a proceeding under [*identify laws of the enacting State relating to insolvency*] may be commenced only if the debtor has assets in this State; the effects of that proceeding shall be restricted to the assets of the debtor that are located in this State and, to the extent necessary to implement cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, to other assets of the debtor that, under the law of this State, should be administered in that proceeding.

Article 29. Coordination of a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency] and a foreign proceeding

Where a foreign proceeding and a proceeding under [*identify laws of the enacting State relating to insolvency*] are taking place concurrently regarding the same debtor, the court shall seek cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, and the following shall apply:

- (a) When the proceeding in this State is taking place at the time the application for recognition of the foreign proceeding is filed,
 - (i) Any relief granted under article 19 or 21 must be consistent with the proceeding in this State; and
 - (ii) If the foreign proceeding is recognized in this State as a foreign main proceeding, article 20 does not apply;
- (b) When the proceeding in this State commences after recognition, or after the filing of the application for recognition, of the foreign proceeding,
 - (i) Any relief in effect under article 19 or 21 shall be reviewed by the court and shall be modified or terminated if inconsistent with the proceeding in this State; and

- (ii) If the foreign proceeding is a foreign main proceeding, the stay and suspension referred to in paragraph 1 of article 20 shall be modified or terminated pursuant to paragraph 2 of article 20 if inconsistent with the proceeding in this State;

(c) In granting, extending or modifying relief granted to a representative of a foreign non-main proceeding, the court must be satisfied that the relief relates to assets that, under the law of this State, should be administered in the foreign non-main proceeding or concerns information required in that proceeding.

Article 30. Coordination of more than one foreign proceeding

In matters referred to in article 1, in respect of more than one foreign proceeding regarding the same debtor, the court shall seek cooperation and coordination under articles 25, 26 and 27, and the following shall apply:

(a) Any relief granted under article 19 or 21 to a representative of a foreign non-main proceeding after recognition of a foreign main proceeding must be consistent with the foreign main proceeding;

(b) If a foreign main proceeding is recognized after recognition, or after the filing of an application for recognition, of a foreign non-main proceeding, any relief in effect under article 19 or 21 shall be reviewed by the court and shall be modified or terminated if inconsistent with the foreign main proceeding;

(c) If, after recognition of a foreign non-main proceeding, another foreign non-main proceeding is recognized, the court shall grant, modify or terminate relief for the purpose of facilitating coordination of the proceedings.

Article 31. Presumption of insolvency based on recognition of a foreign main proceeding

In the absence of evidence to the contrary, recognition of a foreign main proceeding is, for the purpose of commencing a proceeding under [identify laws of the enacting State relating to insolvency], proof that the debtor is insolvent.

Article 32. Rule of payment in concurrent proceedings

Without prejudice to secured claims or rights *in rem*, a creditor who has received part payment in respect of its claim in a proceeding pursuant

to a law relating to insolvency in a foreign State may not receive a payment for the same claim in a proceeding under [*identify laws of the enacting State relating to insolvency*] regarding the same debtor, so long as the payment to the other creditors of the same class is proportionately less than the payment the creditor has already received.

UNITED STATES DISTRICT COURT
SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK

-----X

In re:

BEAR STEARNS HIGH-GRADE STRUCTURED
CREDIT STRATEGIES MASTER FUND, LTD.
(IN PROVISIONAL LIQUIDATION),

Chapter 15 Case No. 07-12383

Civil Case No. 07-8730

Debtor in a Foreign Proceeding and
Appellant.

-----X

In re:

BEAR STEARNS HIGH-GRADE STRUCTURED
CREDIT STRATEGIES ENHANCED LEVERAGE
MASTER FUND, LTD.
(IN PROVISIONAL LIQUIDATION)

Chapter 15 Case No. 07-12383

Civil Case No. 07-8730

Debtor in a Foreign Proceeding and
Appellant.

OPINION

-----X

A P P E A R A N C E S:

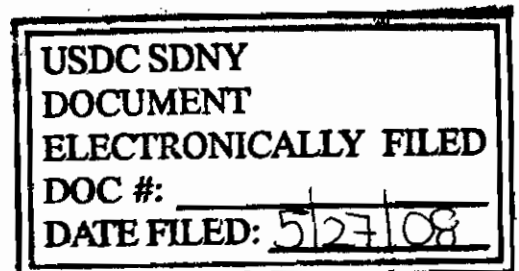
Attorneys for Joint Official Liquidators

AKIN GUMP STRAUSS HAUER & FELD LLP
590 Madison Avenue
New York, NY 10022-2524
By: Fred S. Hodara, Esq.

Attorneys for Amici Curiae

GOODWIN PROCTER LLP
53 State Street
Boston, MA 02109
By: Daniel Martin Glosband, Esq.

UNIVERSITY OF TEXAS
727 E. Dean Keeton Street
Austin, TX
By: Professor Jay L. Westbrook



Sweet, D.J.

Simon Lovell Clayton Whicker and Kristen Beighton, the joint official liquidators and duly authorized foreign representatives (the "Foreign Representatives" or "Appellants") of Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd. (in Official Liquidation) ("High-Grade Fund") and Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Enhanced Leverage Master Fund, Ltd. (in Official Liquidation) ("Enhanced Fund"; collectively, the "Funds"), have appealed the September 5, 2007 order (the "Decision")¹ of the United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York (the "Bankruptcy Court") denying their petitions (the "Petitions") for recognition of winding-up proceedings pending in the Cayman Court (the "Foreign Proceedings"), either as "foreign main proceedings" or as "foreign nonmain proceedings" pursuant to Chapter 15 of title 11 of the Bankruptcy Code.² Their appeal is unopposed by any party but by Amici Curiae. For the reasons set forth below, the Decision is affirmed.

This appeal involves failed overseas hedge funds, liquidation proceedings in the Cayman Islands, the standard for

¹ In re Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Master Fund, Ltd., 374 B.R. 122 (Bankr. S.D.N.Y. 2007).

² All statutory references are to title 11 of the United States Code (the "Bankruptcy Code") unless otherwise indicated.

recognition by the Bankruptcy Court of those proceedings, and in the felicitous phrase of the Appellants' Reply Brief to Briefs of the Amici ("ARB") a number of select dogs as described in Sir Arthur Conan Doyle's The Hound of the Baskervilles. ARB 16. The field on which the issues raised play out is the recently enacted Chapter 15 of title 11 of the Bankruptcy Code. While the temptation to simply affirm on the Decision, excellently crafted by the Honorable Burton R. Lifland, United States Bankruptcy Judge, is most powerful, some additional issues have been raised subsequent to the Decision. It is hoped that resolution of these issues may provide some aid to navigation in these uncharted waters. The process by which the financial problems of insolvent hedge funds are resolved appears to be of transcendent importance to the investment community and perhaps even to the society at large.

Prior Proceedings

This Court has jurisdiction over appeals from final judgments, orders, and decrees of the Bankruptcy Court pursuant to 28 U.S.C. § 158(a)(1). On September 10, 2007, the Foreign Representatives timely filed their Notice of Appeal from the Decision pursuant to Rule 8002 of the Federal Rules of

Bankruptcy Procedure. The appeal was heard and marked fully submitted on January 16, 2008.

The Issue

Did the Bankruptcy Court err in determining that the Cayman Island proceedings were neither main nor nonmain proceedings under Chapter 15?

For the reasons stated in the Decision and described below, it is concluded that it did not.

The Appellants

The Appellants are the Foreign Representatives of open-ended investment companies incorporated in the Cayman Islands as limited liability companies subject to Cayman Islands tax law. Both of the Funds are registered as "exempted" companies under Cayman Islands law, which allows qualifying companies to trade in the Cayman Islands provided that they seek to further business outside of the Cayman Islands and not to compete with local businesses.

The Funds were established to attract sophisticated investors who understood and were willing to accept the risk of loss attendant to high income and capital appreciation investments and invested, inter alia, in: (i) investment-grade structured finance securities; (ii) asset-backed securities ("ABSs"); (iii) synthetic ABSs; (iv) mortgage-backed securities; (v) global structured asset securitizations; (vi) derivatives; (vii) options; (viii) swaps; (ix) swaptions; (x) futures; (xi) forward contracts; (xii) equity securities; and (xiii) currencies. With respect to the High-Grade Fund, such investors were "feeder funds."³ Feeder funds were the only investors in the High-Grade Fund which, like the Enhanced Fund, was a master fund. There were three investors in High-Grade Fund, two of which were registered in the Cayman Islands. The third investor was a U.S. entity. There was only one investor in the Enhanced Fund, a large financial institution based in the United Kingdom. The creditor constituency of the Funds consists of less than twenty large international financial institutions.

³ "The investment adviser of a domestic hedge fund often operates a related offshore hedge fund, either as a separate hedge fund or often by employing a 'master-feeder' structure that allows for the unified management of multiple pools of assets for investors in different taxable categories." Securities and Exchange Commission, Staff Report: Implications of the Growth of Hedge Funds 9 (2003). "The master fund is usually organized as a corporation, such as an international business company, under non-U.S. law. It offers shares to one or more domestic feeder funds and one or more offshore corporate feeder funds, all of which share common investment strategies and objectives." Id. at 9 n.26.

The Respondents

No creditor or investor has appeared in the proceeding to support or challenge the Decision. The record contains no explanation for the silence of these interests, though both the Appellants and the Amici speculate as to why these interests have not barked.

The Amici

The initial amici are Professor Jay L. Westbrook of the University of Texas School of Law, Daniel M. Glosband of Goodwin Procter LLP and Professor Kenneth N. Klee of the University of California at Los Angeles School of Law. Professor Westbrook and Mr. Glosband were part of the "small drafting group" that drafted the Model Law on Cross-Border Insolvency (the "Model Law") promulgated by the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL"). Professor Westbrook was the co-head of the United States delegation to the UNCITRAL conference and Mr. Glosband was the principal representative of the International Bar Association at those meetings. They then served as the primary draftsmen assisting the Department of State and Congress in drafting Chapter 15 of the Bankruptcy Code. Professor Klee, one of the draftsmen of

the 1978 Code, assisted with the drafting of Chapter 15 and its presentation to Congress.

Subsequent amici are Bart Schwartz, former Chief of the Criminal Division of the U.S. Attorney's Office for the Southern District of New York, and FTI Capital Advisors, LLC, a FINRA-registered broker/dealer and a wholly-owned subsidiary of the forensic accounting and financial investigations firm FTI Consulting, Inc. (collectively, the "Elected Representatives"). The Elected Representatives are the recently elected sole directors of the Bear Stearns High-Grade Structured Credit Strategies Enhanced Leverage (Overseas) Ltd. (the "Overseas Feeder Fund"), a feeder fund that had a contractual relationship with the Enhanced Fund's sole investor. The Elected Representatives seek to examine the affairs of the Overseas Feeder Fund and its counterparties, including the Enhanced Fund, in order to maximize any potential recovery for the shareholders of the Overseas Feeder Fund for their lost investments. The Elected Representatives support affirmance of the Decision, arguing that recognition of the Enhanced Fund's Cayman liquidation proceedings would harm the shareholders of the Overseas Feeder Fund.

Prior Proceedings

In May 2007, due to the sub-prime mortgage crisis in the United States, the Funds suffered a significant devaluation of their asset portfolios. Many of the Funds' trading counterparties made margin calls that the Funds were unable to meet. Most of the Funds' secured creditors then accelerated repurchase rights or sold off assets that were the subject of repurchase agreements or in which the counterparties held security interests.

The Funds' boards of directors (the "Boards of Directors") filed winding-up petitions in the Cayman Islands (i) seeking orders that they be wound up under the provisions of the Companies Law (2007 Revision) of the Cayman Islands (the "Companies Law"), and (ii) applying for the appointment of the Foreign Representatives, subject to the supervision of the Cayman Court.

On July 31, 2007, the Cayman Court entered Orders (the "JPL Orders") appointing the Foreign Representatives as the joint provisional liquidators (the "JPLs") of the Funds. The JPL Orders authorized the JPLs "to do any acts or things considered by them to be necessary or desirable" for the protection of the assets and property of the Funds in connection

with the liquidation of the Funds and the winding up of their affairs.

On September 14, 2007, the Cayman Court entered orders converting the Foreign Proceedings from provisional to official liquidations and directing that the Funds be wound up under the Companies Law. Pursuant to these orders, the JPLs became the joint official liquidators (the "JOLs").

On the day they initiated the Foreign Proceedings in the Cayman Islands, the Foreign Representatives filed petitions in the Bankruptcy Court seeking recognition of the Foreign Proceedings as foreign main proceedings, or, in the alternative, as foreign nonmain proceedings, under Chapter 15. The petitions were unopposed by any party to the bankruptcy. However, Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc., Merrill Lynch International and Merrill Lynch Capital Services, Inc. did file a statement requesting that no choice of law determination be made regarding potential U.S. actions in conjunction with a conclusion as to the Funds' center of main interests.

Pursuant to section 1519 of the Bankruptcy Code, the Funds requested entry of an order (i) staying execution against the Funds' assets, (ii) prohibiting all persons from commencing

or continuing any litigation or any other proceeding, including, without limitation, appeals, mediation or any judicial, quasi judicial, administrative or regulatory action, proceeding or process whatsoever, or taking any other actions against or involving the Foreign Representatives (with respect to the Funds), the Funds and their property in the United States, and (iii) entrusting the administration or realization of the Funds to the Foreign Representatives. On August 1, 2007, the Bankruptcy Court entered a temporary restraining order pending a hearing on a preliminary injunction.

On August 9, 2007, the Bankruptcy Court held a hearing on the applications for a preliminary injunction and granted a preliminary injunction pending the disposition of the Funds' Chapter 15 petitions.

On September 5, 2007, the Bankruptcy Court filed the Decision denying recognition of the Foreign Proceedings as foreign main proceedings or foreign nonmain proceedings.

On September 10, 2007, the Foreign Representatives appealed the Bankruptcy Court's Decision. Because the Petitions were uncontested, there are no appellees.

On September 21, 2007, the Foreign Representatives filed an unopposed motion for a stay pending appeal pursuant to Bankruptcy Rule 8005. The Bankruptcy Court held a hearing on September 24, 2007, at which the Foreign Representatives presented additional evidence from the Foreign Representatives' continuing investigation.

On September 27, 2007, the Bankruptcy Court entered an order requiring that \$4 million be maintained in U.S. bank accounts established with respect to each Foreign Debtor and continuing the preliminary injunction pending final disposition of this appeal.

This appeal was heard and marked fully submitted on January 16, 2008.

The Decision

The Decision was authored by Judge Liflind who with the Amici participated in the drafting of the Model Law and Chapter 15. His description of the history of Chapter 15 and the elements of main recognition and nonmain recognition are authoritative and generally accepted by the Appellants. In

addition there is no substantial challenge to the facts set forth in the Decision.

The Bankruptcy Court denied main recognition on the grounds that each of the Funds' "center of main interests," as defined by Chapter 15, was actually the United States. This determination was based on the facts that the Funds' investment manager, Bear Stearns Asset Management, Inc. ("BSAM") is located in New York, the Administrator that runs the back-office operations of the Funds is in the United States, as are the Funds' books and records, and, prior to the commencement of the Foreign Proceeding, all (or virtually all) of the Funds' liquid assets were located in New York. 374 B.R. at 124-25, 130. The Bankruptcy Court also ruled that the Cayman Islands liquidation proceedings did not qualify as foreign nonmain proceedings, based on the conclusion that the Funds do not have an "establishment" in the Cayman Islands within the meaning of Chapter 15. Id. at 131-32.

The Appellants' principal contention is that the Decision failed to accede to the principles of comity and cooperation. Appellants also argue that the COMI presumption was erroneously interpreted and the facts found failed to

support the conclusions reached, namely, the denial of main and nonmain recognition.

Chapter 15 and Its Operation

For the sake of continuity the history and operation of Chapter 15 is summarized below.

Section 1504 provides that a Chapter 15 case ancillary to a foreign proceeding is commenced by filing a petition. Section 1509 permits the foreign representative to file the petition directly with the Bankruptcy Court, without need for preliminary formalities, but conditions any other court access by the foreign representative on recognition. Sections 1504 and 1509 direct the foreign representative to file a petition for recognition of a foreign proceeding pursuant to section 1515. Section 1515 sets forth requirements for documentary or other evidence that demonstrates the existence of the foreign proceeding and the appointment of the foreign representative. Section 1516 permits the bankruptcy court to presume that the materials accompanying the petition demonstrate that the foreign proceeding and the foreign representative meet the basic definitional requirements.

Chapter 15 defines "recognition" as "the entry of an order granting recognition of a foreign main proceeding or foreign nonmain proceeding under this Chapter." § 1502(7). "[F]oreign main proceeding" means a foreign proceeding pending in the country where the debtor has the center of its main interests." § 1502(4). "[F]oreign nonmain proceeding" means a foreign proceeding, other than a foreign main proceeding, pending in a country where the debtor has an establishment." § 1502(5). Pursuant to section 1502(2), an "establishment" is "any place of operations where the debtor carries out a nontransitory economic activity." The Bankruptcy Code does not otherwise define center of nonmain interests.

The conditions for recognition of a foreign proceeding are applied in section 1517 which provides as follows:

§ 1517. Order granting recognition

(a) Subject to [the public policy exception in] section 1506, after notice and a hearing, an order recognizing a foreign proceeding shall be entered if--

(1) such foreign proceeding for which recognition is sought is a foreign main proceeding or foreign nonmain proceeding within the meaning of section 1502;

(2) the foreign representative applying for recognition is a person or body; and

(3) the petition meets the requirements of section 1515.

(b) Such foreign proceeding shall be recognized

(1) as a foreign main proceeding if it is pending in the country where the debtor has the center of its main interests; or

(2) as a foreign nonmain proceeding if the debtor has an establishment within the meaning of section 1502 in the foreign country where the proceeding is pending.

The relevant House Report states:

The drafters of the Model Law understood that only a main proceeding or a nonmain proceeding meeting the standards of section 1502 (that is, one brought where the debtor has an establishment) were entitled to recognition under this section. The Model Law has been slightly modified to make this point clear by referring to the section 1502 definition of main and nonmain proceedings, as well as to the general definition of a foreign proceeding in section 101(23). A petition under section 1515 must show that the proceeding is a main or a qualifying nonmain proceeding in order to obtain recognition under this section.

H.R. Rep. No. 109-31, at 114 (2005), as reprinted in 2005 U.S.C.C.A.N. 88, 173 (the "House Report").

With regard to the recognition of foreign main proceedings, the UNCITRAL Guide to Enactment of the Model Law on Cross-Border Insolvency (the "Guide"),⁴ specifically counsels

⁴ The Guide, available at <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/insolven/insolvency-e.pdf>, was prepared by the United Nations Secretariat pursuant to the request of UNCITRAL made at the close of its thirteenth session, in 1997. "It is based on the deliberations and decisions of [UNCITRAL] at that session, when the Model Law was adopted, as well as considerations of the Working Group on Insolvency Law, which conducted the preparatory work." Guide, para. 10. "UNCITRAL considered that the Model Law would be a more effective tool for legislators if it were accompanied by background and explanatory information. While such information would primarily be directed to executive branches of Government and legislators preparing the necessary legislative revisions, it would also provide useful insight to other users of the text such as judges, practitioners and academics." *Id.* para. 9. The House Report directs that interpretation of Chapter 15 "will be aided by reference to the Guide and the

against consideration of factors other than the location of the debtor's COMI:

It is not advisable to include more than one criterion for qualifying a foreign proceeding as a main proceeding and provide that on the basis of any of those criteria a proceeding could be deemed a main proceeding. An approach involving such a "multiple criteria" would raise the risk of competing claims from foreign proceedings for recognition as the main proceeding.

Guide, para. 127. The House Report reflects the fact that section 1517 conforms to this guidance:

This section closely tracks article 17 of the Model Law, with a few exceptions. The decisions to grant recognition is not dependent upon any findings about the nature of the foreign proceedings of the sort previously mandate by section 304(c) of the Bankruptcy Code. The requirements of this section, which incorporates the definitions in section 1502 and sections 102(23) and (24), are all that must be fulfilled to attain recognition.

House Report at 113. The shift from the subjective, comity-based process of section 304(c) to Chapter 15's more rigid recognition standard is consistent with the general goals of the Model Law, as articulated by the Guide:

Approaches based purely on the doctrine of comity or on exequatur do not provide the same degree of predictability and reliability as can be provided by specific legislation, such as the one contained in the Model Law, on judicial cooperation, recognition of foreign insolvency

Reports cited therein, which explain the reasons for the terms used and often cite their origins as well." House Report at 110.

proceedings and access for foreign
representatives to courts.

Guide, para. 16.

Section 1509 conditions further court access and
relief on the grant of recognition, and states:

§ 1509(b): If the court grants recognition
under section 1517, and subject to any
limitations that the court may impose
consistent with the policy of this Chapter--

. . .

(3): a court in the United States shall
grant comity or cooperation to the foreign
representative.

Finally, section 1506 establishes a presumption
that the debtor's registered office is the debtor's COMI:

§ 1516. Presumptions concerning
recognition.

(c) In the absence of evidence to the
contrary, the debtor's registered office, or
habitual residence in the case of an
individual, is presumed to be the center of
the debtor's main interests.

The Standard of Review

The standard of review is set forth correctly in the
Appellants' Opening Brief and is set forth below.

When a district court reviews a decision of the Bankruptcy Court, it is authorized to "affirm, modify, or reverse a bankruptcy judge's judgment, order, or decree or remand with instructions for further proceedings." Fed. R. Bankr. 8013. Findings of fact are reviewed for clear error. Id. Conclusions of law are reviewed de novo. In re Enron Corp., 419 F.3d 115, 124 (2d Cir. 2005); In re Worldcom, Inc., 357 B.R. 223, 226-27 (S.D.N.Y. 2006). A bankruptcy court's interpretation of the Bankruptcy Code is reviewed de novo. In re Caldor Corp., 303 F.3d 161, 166 (2d Cir. 2002).

The Bankruptcy Court Correctly Held that Principles of Comity Do Not Figure in the Recognition Analysis

The Appellants appropriately note the principles of comity and cooperation emphasized in the Model Law, by commentators including Judge Lifland, and in pre-Chapter 15 decisions. Appellants' Opening Brief ("AOB") 15-20. Appellants argue that Chapter 15 "was enacted to foster comity," AOB 15, and the courts should therefore apply Chapter 15 "pragmatically, based on their understanding that recognition should be withheld only in very limited circumstances." AOB 3. This argument cannot overcome the plain language of Chapter 15.

Chapter 15 and the Model Law are designed to optimize disposition of international insolvencies by facilitating appropriate access to the court system of a host country (the United States, in the case of Chapter 15) by a representative of an insolvency proceeding pending in a foreign country. See § 1521; Model Law art. 21. If access is granted, then a wide range of relief from the host country's courts may be available. See § 1521; Model Law art. 21. "Recognition," the statutory parlance for such access, is distinct from the relief that may be granted post-recognition. Recognition turns on the strict application of objective criteria. See § 1517; Model Law art. 17. Conversely, relief is largely discretionary and turns on subjective factors that embody principles of comity. See, e.g., §§ 1507, 1521, 1525; Model Law art. 7, 21, 25. If recognition is refused, then the bankruptcy court is authorized to take any action necessary to prevent the U.S. courts from granting comity or cooperation to the foreign representatives. See § 1509(d).

Requiring recognition as a condition to nearly all court access and consequently as a condition to granting comity distinguishes Chapter 15 from its predecessor section 304. Prior to the enactment of Chapter 15, access to the United States courts by a foreign representative was not dependent on recognition; rather, all relief under section 304 was

discretionary and based on subjective, comity-influenced factors. See Decision, 374 B.R. at 126; see also In re Basis Yield Alpha Fund (Master), 381 B.R. 37, 46 (Bankr. S.D.N.Y. 2008); Jay Lawrence Westbrook, Locating the Eye of the Financial Storm, 32 Brooklyn J. Int'l L. 1019, 1024 (2007); Daniel Glosband, SPhinX Chapter 15 Opinion Misses the Mark, 25 Am. Bankr. Inst. J. 44, 45 (Dec./Jan. 2007). By establishing a simple, objective eligibility requirement for recognition, Chapter 15 promotes predictability and reliability. The considerations for post-recognition relief remain flexible and pragmatic in order to foster comity and cooperation in appropriate cases.

The objective criteria for recognition reflect the legislative decision by UNCITRAL and Congress that a foreign proceeding should not be entitled direct access to or assistance from the host country courts unless the debtor had a sufficient pre-petition economic presence in the country of the foreign proceeding. See House Report at 110; § 1509(b)(3). If the debtor does not have its center of main interests or at least an establishment in the country of the foreign proceedings, the bankruptcy court should not grant recognition and is not authorized to use its power to effectuate the purposes of the foreign proceeding. See House Report at 113; Guide paras. 73,

75, 128. Implicitly, in such an instance the debtor's liquidation or reorganization should be taking place in a country other than the one in which the foreign proceeding was filed to be entitled to assistance from the United States.

Both the plain language and legislative history of Chapter 15 thus requires a factual determination with respect to recognition before principles of comity come into play.

Appellants argue that In re SPhinX, Ltd., 351 B.R. 103 (Bankr. S.D.N.Y. 2006) ("Sphinx I") and In re SPhinX, Ltd., 371 B.R. 10 (S.D.N.Y. 2007) ("Sphinx II") constitute contrary authority.

The review of Sphinx I was this Court's initial introduction to Chapter 15. In Sphinx I, the bankruptcy court denied main recognition but granted nonmain recognition, and the latter determination was not appealed. The facts found by the bankruptcy court were highly analogous to the facts founds here, although Sphinx also involved an improper purpose for seeking recognition as a main proceeding.⁵ In light of the authorities

⁵ It is noted that the Elected Representatives, Amici, have contended that the Cayman Island proceedings are designed to frustrate claims against the Enhanced Fund and BSAM. Brief of Elected Representatives, 11. Whatever the motivation, the recognition result remains a factual issue appropriately determined by the Decision.

cited in this appeal, the COMI decision in Sphinx I and its affirmance are consistent with the Bankruptcy Court's Decision.

However, in Sphinx I, the bankruptcy court also opined that in light of the COMI determination, the granting of recognition of the nonmain proceedings was a "better choice." 351 B.R. at 122. This Court's affirmance emphasized flexibility and the conclusion that the recognition of a nonmain proceeding was a "pragmatic resolution", 371 B.R. at 19, noting the absence of opposition. Id. Here, Amici have provided opposition. And while the Decision here may be "at odds" with Sphinx II, Judge Lifland accurately noted that Sphinx II did not examine the statutory requirements for nonmain recognition. 374 B.R. at 131. In view of the fact that the nonmain determination was not appealed in Sphinx II, any language in that opinion bearing on the bankruptcy court's nonmain determination must be viewed as dicta. Even so, a remand on that issue in view of the Sphinx I record would have been appropriate. It must also be noted that there is no presumption applicable to the recognition determination with respect to a nonmain proceeding.

The Decision Correctly Interpreted the COMI Presumption

After recounting the facts found, the Bankruptcy Court held that "the presumption that the COMI is the place of the Funds' registered offices has been rebutted by evidence to the contrary." 374 B.R. at 130.

The Appellants contend that Chapter 15 was intended to create a streamlined process for recognition but that the Bankruptcy Court's refusal to grant recognition and comity to the Foreign Proceedings frustrates Chapter 15's goals by turning what is intended to be a simple and streamlines legal proceeding into a complex, cumbersome, and time consuming process. AOB 4. The Foreign Representatives have suggested that part of the streamlining, the statutory presumption that the debtor's registered office is also its COMI is conclusive if not opposed by a party to the bankruptcy, regardless of evidence that the COMI is elsewhere. AOB 20.

However, section 1516(c) creates no more than a rebuttable evidentiary presumption, which may be rebutted notwithstanding a lack of party opposition. The Guide explains that:

Article 16 establishes presumptions that allow the court to expedite the evidentiary process; at the same time they do not prevent, in accordance with the applicable procedural law, calling for or assessing other evidence if the conclusion suggested

by the presumption is called into question
by the court or an interested party.

Guide para. 122 (emphasis added). Thus, Judge Lifland was right to reject Appellants' position that "this Court should accept the proposition that the Foreign Proceedings are main proceedings because the Petitioners say so and because no [one] else says they aren't." 374 B.R. at 129. As Judge Learned Hand commented a long time ago, "A judge is more than a moderator; he is charged to see that the law is properly administered, and it is a duty which he cannot discharge by remaining inert." United States v. Marzano, 149 F.2d 923, 925 (2d Cir. 1945) (holding on the facts that trial judge should not have questioned a witness in the manner he did). See also In re Tri-Continental, 349 B.R. 627, 634 (E.D. Cal. 2006) ("The Guide . . . explains that the concept is one of a default rule to be applied in the absence of evidence that the debtor's main interests are centered in some place different from the registered office."); House Report at 113 ("[T]he presumption that the place of the registered office is also the center of the debtor's main interest is included for speed and convenience of proof where there is no serious controversy.").

Such a rebuttable presumption at no time relieves a petitioner of its burden of proof/risk of non-persuasion. See Fed. R. Evid. 301. It imposes "on the party against whom it is

directed the burden of going forward with evidence to rebut or meet the presumption" and only does so if the petitioner has established a prima facie case. Id.; County Court of Ulster County v. Allen, 442 U.S. 140, 157 (1979) (permissive inference or deduction allows, but does not require, trier of fact to infer or deduce elemental fact from proof of basic fact and places no burden on any kind on opponent). See also Tri-Continental, 349 B.R. at 635 ("[I]f the foreign proceeding is in the country of the registered office, and if there is evidence that the center of main interests might be elsewhere, then the foreign representative must prove that the center of main interests is in the same country as the registered office."); House Report at 112 ("Although sections 1515 and 1516 are designed to make recognition as simple and expedient as possible, the court may hear proof on any element stated. The ultimate burden as to each element is on the foreign representative").

In fact, Congress changed the relevant language of the Model Law by substituting rebuttal by "evidence" to the contrary for the Model Law's "proof" to the contrary in order to clarify this very issue. House Report at 112-13 ("The word 'proof' in subsection (3) has been changed to 'evidence' to make it clearer

using United States terminology that the ultimate burden is on the foreign representative.").

As such, although courts may presume that a debtor's COMI is in the place of its registered offices, this presumption may be rebutted by evidence to the contrary, even in the case of an unopposed petition for recognition. Cf. Basis Yield, 381 B.R. 37 (denying unopposed summary judgment on the issue of COMI, regardless of presumption, because foreign representatives of debtor had failed to submit sufficient information for the court to make a determination).

The Standard for the COMI Determination

As Judge Lifland noted, the "center of main interests" concept derives from the European Union Convention on Insolvency Proceedings ("EU Convention"), already in the process of adoption when the Model Law was drafted. 374 B.R. at 129. The regulation adopting the EU Convention explains that "center of main interests" means "the place where the debtor conducts the administration of his interests on a regular basis and is therefore ascertainable by third parties." Council Reg. (EC) No. 1346/2000 ¶ 13. An early bankruptcy court decision that addressed the determination of COMI specifically discusses the

EU Regulation language and properly equates it to the United States' concept of "principal place of business." Tri-Continental, 349 B.R. at 629; see also Basis Yield, 381 B.R. at 47-48; Decision, 374 B.R. at 129. In Tri-Continental, the court found that debtor's principal place of business was in St. Vincent and the Grenadines ("SVG") and recognized an SVG liquidation as a foreign main proceeding. 349 B.R. at 640. All of the debtor's twenty employees, its lead underwriter, and its principal worked in the SVG and its only office was there. Id. at 630.

Noting that the Bankruptcy Code does not state the type of evidence relevant to the COMI determination, the Decision relied on Sphinx I for a list of potentially relevant factors, including:

the location of the debtor's headquarters;
the location of those who actually manage
the debtor (which, conceivably could be the
headquarters of a holding company); the
location of the debtor's primary assets; the
location of the majority of the debtor's
creditors or of a majority of the creditors
who would be affected by the case; and/or
the jurisdiction whose law would apply to
most disputes.

374 B.R. at 128 (citing Sphinx I, 351 B.R. at 117). See also In re Ernst & Young, Inc., 383 B.R. 773, 779 (Bankr. D. Colo. 2008) (citing Decision for relevant factors); Basis Yield, 381 B.R. at

47 (citing Sphinx I for relevant factors); In re Loy, 380 B.R. 154, 162 (Bankr. E.D. Va. 2007) (same).

The Decision also cites the Eurofood decision by the European Court of Justice ("ECJ") for the propositions that COMI is analogous to "principal place of business" and that the COMI presumption may be overcome, particularly in the case of a "letterbox company." See 374 B.R. at 129 (citing Case C-341/04, In re Eurofood IFSC Ltd., 2006 E.C.R. I-3813 ("Eurofood"), paras. 34-35).

Eurofood resolved a tug of war between Irish and Italian courts over insolvency proceedings of Eurofood IFSC Ltd. by ruling on questions submitted by the Irish Supreme Court. Eurofood, paras. 22-24. The Eurofood decision was premised on the stipulated fact that the debtor was both registered and conducting its business in Ireland:

The referring court asks how much relative weight should be given as between, on the one hand, the fact that the subsidiary regularly administers its interests, in a manner ascertainable by third parties and in respect for its own corporate identity, in the Member State where its registered office is situated and, on the other hand, the fact that the parent company is in a position, by virtue of its shareholding and power to appoint directors, to control the policy of the subsidiary.

Eurofood, para. 27. The ECJ held that the fact a company's economic choices are or can be controlled by a parent company in another state is not enough to rebut the COMI presumption.

Appellants argue that Eurofood supports their arguments (1) that a recognition decision should be influenced by principles of comity and (2) in favor of a strong presumption that a debtor's COMI is in its place of incorporation. AOB 24-25. However, Eurofood more or less amounts to another non-barking dog, as Appellants concede that the opinion itself states few relevant facts and the development of the facts critical to its COMI decision have been gleaned from commentary. ARB 14 n.16. In any event, the Eurofood decision is not inconsistent with the Bankruptcy Court's reading of the COMI presumption or its analysis of the role of comity in the recognition process.

Appellants also cite In re Daisytek-ISA Ltd., [2003] All E.R. (D) 312 (Ch. May 16, 2003) ("Daisytek"), an English case that opened main proceedings for a French and German-registered subsidiaries of Daisytek. That court held that the COMI for all concerned companies was the U.K., because "the majority of the administration" of the companies was conducted

from their head offices in England. Like Eurofood, Daisytek is consistent with the Bankruptcy Court's holding.

The Facts Found Support the Denial of Main Recognition

The factual findings of the court below will not be overturned unless they are "clearly erroneous." Fed. R. Bankr. Proc. 8013. As the Bankruptcy Court found, the pleadings and facts elicited at hearings before the Bankruptcy Court place the conduct of the Funds' business, their assets, management company and sponsors in New York. 374 B.R. at 130. There is no substantial challenge to the factual findings set forth in the Decision. The Bankruptcy Court found:

There are no employees or managers in the Cayman Islands, the investment manager for the Funds is located in New York, the Administrator that runs the back office operations of the Funds is in the United States along with the Funds' books and records and prior to the commencement of the Foreign Proceeding, all of the Funds' liquid assets were located in [the] United States. Although two of the three investors in the High-Grade Fund are also registered Cayman Islands companies, Mr. Whicker, one of the JPLs, testified that both are Bear Stearns entities which appear to have the same minimum Cayman Islands profile as do the Funds. The sole investor in the Enhanced Fund is a U.K. entity. . . . The investor registries are maintained and located in the Republic of Ireland; accounts receivables are located throughout Europe and the United States; counterparties to master repurchase and swap agreements are based both inside

and outside the United States but none are claimed to be in the Cayman Islands. Moreover, there apparently exists the possibility that prepetition transactions conducted in the United States may be avoidable under U.S. law.

Id. (footnotes omitted).

In an effort to demonstrate the Funds' "substantial connections" to the Cayman Islands, Appellants reassert a number of arguments rejected by the Bankruptcy Court.

Appellants argue that most of the Funds' remaining liquid assets are in bank accounts in the Cayman Islands. However, prior to filing the Chapter 15 Petition, all of the Funds' funds were maintained in its accounts with its prime broker in the United States. ROA-2, para. 9. Post-filing, some millions of dollars in cash were directed to accounts in the Cayman Islands instead of their usual destination in the United States. 374 B.R. at 131; ROA-9 at 22:5-22; ROA 12 at 17-19.

Appellants point out that two of the directors of the funds resided in the Cayman Islands. 374 B.R. at 130 n.9. However, these directors have not been shown to have had any substantial involvement in the business of the Funds.

Appellants also argue that the Funds' investors and creditors knew or should have reasonably known they were dealing with Cayman Islands incorporated entities. The funds were "exempted" companies, a status under Cayman Islands law that severely limits their activities in the Islands. 374 B.R. at 131 (citing Companies Law (2004 Revision) of the Cayman Islands § 193). No evidence has been offered to suggest that any creditor or investor (aside from other Bear Stearns entities) of the funds knew or had reason to know of their Cayman Islands incorporation or of any location of the funds other than at the New York offices of Bear Stearns Asset Management.

It is also alleged that as Cayman Island incorporated companies, the Funds are subject to Cayman Islands tax law and "required" to be wound up in the Cayman Islands and that upon appointment of the joint provisional liquidators, the powers of the boards of directors ceased and the control of the Funds was transferred to Cayman Islands. AOB 12. These allegations do not constitute substantive economic activity in the Cayman Islands.

Finally, Appellants assert that the Funds' pre-filing attorneys are in the Cayman Islands, the funds' pre-filing auditors performed some auditing work in the Cayman Islands, and

certain investments made by the Funds were constituted under Cayman Islands law. Assuming the relevance of these facts to the COMI analysis, they are outweighed by the facts found by the Bankruptcy Court.

The Bankruptcy Court correctly held that the Section 1516(c) presumption arising from incorporation has been rebutted by unchallenged facts and properly concluded that the Funds' COMI is New York. Appellants' emphasis on the fact that their petition was unopposed is unavailing. The lack of objection to the petition may result from any number of considerations, unknown to the courts but subject to any assumption. That absence does not relieve the bankruptcy court of its duty to apply the statute as written.

**Appellants Have Failed to Allege Facts
Establishing Nonmain Recognition**

A foreign nonmain proceeding is "a foreign proceeding, other than a foreign main proceeding, pending in a country where the debtor has an establishment." § 1502(5). An "establishment" is "any place of operations where the debtor carries out nontransitory economic activity." § 1502(2).

Appellants have argued that the Funds' connections to the Cayman Islands are at least sufficient to constitute an "establishment" under § 1502. The existence of an "establishment" is essentially a factual question, with no presumption in its favor.

As the Bankruptcy Court found, Appellants have failed to put forward facts establishing that the Funds had a "place of operations" that carried out "nontransitory economic activity" in the Cayman Islands. Auditing activities and preparation of incorporation papers performed by a third party do not in plain language terms constitute "operations" or "economic activity" by the Funds. Nor does the alleged review of insider transactions fall within the ordinary meaning of "economic activity."

Moreover, at the time of the petition there were no assets of the Funds in the Cayman Islands. In general, section 1521(c) of the Bankruptcy Code limits the scope of relief available in a nonmain proceeding to relief related to assets located in the nonmain jurisdiction or closely connected thereto, while a plenary bankruptcy proceeding where the Funds are located would control the Funds' principal assets. The fact that the Funds had no assets in the Cayman Islands at the time

of filing supports the conclusion that nonmain recognition would be inappropriate.

The Post-Hearing Evidence Submitted by Appellants Is Inadmissible

Post-hearing evidence was submitted that two local directors were required to approve certain transactions with the Funds, AOB 15, 30 n.21, 34, but no evidence was adduced that this requirement was fulfilled in fact or amounted to more than a pro forma technicality. In any event, the affidavit containing this activity was submitted after the Decision issued and is not part of the record. AOB 14-15.

The record on appeal is governed by Bankruptcy Rule 8006. "[T]he touchstone for the designation of matter as part of the record is whether the matter was before the lower court (or at least considered by that court) in entering the order or judgment appealed from." In re Ames Dept. Stores, Inc., 320 B.R. 518, 522 (Bankr. S.D.N.Y. 2005). Subject to a narrow exception not applicable here, see In re Food Fair, Inc., 15 B.R. 569 (Bankr. S.D.N.Y. 1981), "if an item was not considered by the court, it should be stricken from the record on appeal." Id. at 521. See also In re Yepremian, 116 F.3d 1295, 1297 (9th Cir. 1997) (holding that deposition and declaration taken after

bankruptcy court's grant of summary judgment were not part of record on appeal); In re Tiana Queen Motel, Inc., 34 B.R. 357, 361 (S.D.N.Y. 1983) (holding that a district court, "sitting as an appellate court . . . should not receive into evidence material that was not before the bankruptcy court").

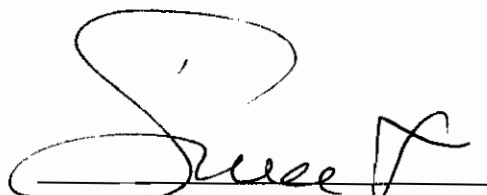
Thus, the new evidence presented by Appellants is not appropriately part of the record on appeal. Even if the Court were to consider this new evidence, it would not affect the outcome of this case.

Conclusion

For the reasons set forth above, the Decision is affirmed.

So ordered.

New York, N.Y.
May 22, 2008



ROBERT W. SWEET
U.S.D.J.